Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht.

Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen.

Von

Dr. H. A. A. Danz,

Oberappellationsrathe und ordentlichem Professor der Rechte, Ritter des Großherzogl. Sächs. Falkenordens und des Herzogl. Sächs. Ernestinischen Hausordens.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1861.

Vorwort.

Die drei ersten Bogen dieser Abhandlung waren schon gedruckt, als mir die erste Abtheilung der speciellen Motive zu dem „Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen“ zugesendet wurden. Ich bedauerte im ersten Augenblicke, daß der Zufall es mir nicht vergönnt hatte, noch vor dem Drucke auch auf diese speciellen Motive Rücksicht zu nehmen. Als ich aber dieselben genauer durchging kam ich zu der Ueberzeugung, daß ich dennoch wenig oder nichts geändert haben würde, wenn sie mir auch früher zugekommen wären.

Sie bestätigten mir, daß die Vermuthung überall begründet war, wo ich angenommen hatte, einer Bestimmung des Entwurfs liege ein Satz des römischen Rechts zu Grunde. Im Uebrigen waren die speciellen Motive zu einzelnen Sätzen für die vorliegende Abhandlung gleichgültig, da die Zweckmäßigkeit der oder jener neuen Satzung für mich nicht in Betracht kam. Denn in dieser Beziehung wird man gern zugestehen, daß wir darin ein gutes Stück weitergekommen sind. Ein Gesetz der Art, wie es noch die Gothaische Constitution über die fleischlichen Verbrechen aus dem Jahre 1804 enthält, daß bei der Strafe des einfachen Ehebruchs es der Wahl der Ehebrecher überlassen sein soll, ob sie mit einjährigem

Zuchthaus oder viermonatlichem Gefängniß oder noch lieber blos mit einer Geldbuße bestraft sein wollen, ist jetzt geradezu undenkbar.

Aber in einer andern Beziehung bestätigten sogar die speciellen Motive eine zweite Vermuthung, die ich schon aus den allgemeinen Motiven entnommen hatte. Ich meine die Vermuthung, daß man bei dem Entwurfe von der irrigen Ansicht ausging, man könne auch bei einer Codification in der Continuität des Rechts bleiben. Jede Seite der speciellen Motive beweist, daß man wesentlich das bisherige Recht als Grundlage des neu codificirten Rechts angesehen wissen wollte, denn sie sagen wörtlich, daß man sich beim Entwurfe „möglichst dem bisherigen Rechte anschließen wollte". Möglichst erreicht man dieß aber, wie ich zu zeigen versucht habe, nur durch ein einziges Mittel, nämlich dadurch, daß man die alte Quelle des Rechts selbst aufnimmt, nicht aber dadurch, daß man seine subjective Ansicht über den Inhalt der Quelle zum Gesetz erhebt.

Wie dieß zu erreichen sei, habe ich im Allgemeinen angegeben. Auf die Frage aber, ob dieser Weg der richtige sei, antworte ich mit Lessing: „Den wahren Weg einzuschlagen ist oft bloßes Glück, um den rechten Weg bekümmert zu sein giebt allein Verdienst."

Jena, den 9. März 1861.

Dr. Aug. Danz.

Uebersicht.

Einleitung.

Nachdem Preußen und Oestreich den Gesammtinhalt ihres Civilrechts codificirt hatten, schien die Neigung zu codificiren in den übrigen Staaten Deutschlands merklich abgenommen zu haben. Denn die Stimmen der Kundigen innerhalb und außerhalb dieser Länder berichteten wenig Erfreuliches über die Erfolge dieser Codificationen[1].

Die erste bedeutende Stimme, die wieder den Ruf nach Codification erhob, war die Thibaut's in seiner Schrift:

---

1. Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts. S. XXI. „Die Codificationen haben das Vertrauen erweckt, daß es unserm Zeitalter vorbehalten ist, auch im Felde der Legislation Großes zu leisten, aber die bisherigen Productionen gingen aus von unklarem Bewußtsein über die Stellung und Aufgabe der Gesetzgebung im heutigen Staat, welches die Verfasser weit über die Gränzen der legislativen Sphäre hinausgeführt hat." v. Wächter, Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen. 1853. S. VIII ff. namentlich die S. XII. Anm. Citirten. Die Klagen aus Preußen über die Wirkungen der Codification hat zusammengestellt Sintenis, Zur Frage von den Civilgesetzbüchern. 1853. S. 24 ff.

„Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland". Obgleich nun schon dieser Titel andeutete, daß Thibaut nicht von einer „Nothwendigkeit neuer Gesetzbücher", sondern von der Nothwendigkeit eines „Gesetzbuchs für Deutschland" sprach, so zeigte doch der Erfolg, daß man aus seinen Worten weit mehr das erste, als das letzte herausgelesen hatte. In einzelnen Staaten Deutschlands begann man, trotz der warnenden Stimme Savigny's in seinem Buche über den „Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung", mit Entwürfen für das gesammte Civilrecht dieser Staaten hervorzutreten, und nur in Bayern, wo man vielleicht die meisten Vorarbeiten zu einem „bayerischen Civilgesetzbuch" gemacht hatte, gab man jener zur Vorsicht mahnenden Stimme Gehör.

Aber immer und immer wieder wurde die Codificationsfrage bei Juristen und Nichtjuristen auf die Tagesordnung gesetzt, und die allgemeine Meinung klärte sich allmählich dahin ab, daß man die „Nothwendigkeit der Gesetzbücher" verwarf, dagegen die Nothwendigkeit „eines allgemeinen Gesetzbuchs für Deutschland" fast einstimmig anerkannte.

Fast zu derselben Zeit, als auf dem Juristentag in Berlin unter fast allgemeiner Acclamation auf die Nothwendigkeit und Erreichbarkeit eines allgemeinen Civilgesetzbuchs hingewiesen wurde, erschien der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen", also einer Codification eines einzelnen Staates.

Daß damit nicht ein Schritt vorwärts auf der Bahn zu einem gemeinsamen Rechte für ganz Deutschland gemacht ist, wer wollte das leugnen? Und eben so wenig werden die, die für ein „allgemeines" Civilgesetzbuch stimmten, darin eine Abschlagszahlung auf diese Forderung erkennen mögen. Denn nicht neue Gesetze um jeden Preis wollten diese, sondern nur Gesetze, die deßhalb neue sind, weil sie gemeinsame sind; um den Preis der Gemeinsamkeit des Civilrechts würde man sich gern auch mit manchem alten Gesetze begnügen.

Immer aber kommt das Erscheinen dieses sächsischen Entwurfs mehr als jede andere der bisherigen Codificationen den hier zu untersuchenden Fragen gelegen. Er ist gemacht, nachdem man mit anerkennenswerther Resignation einen früheren Entwurf, dem die eingehendsten Beurtheilungen zu Theil geworden waren zurückgezogen hatte. Er ist gemacht von den hervorragendsten Juristen der sächsischen Länder und in einer Zeit, in der man in die Erkenntniß des Rechts bei weitem tiefer eingedrungen war, als zu jener Zeit der frühern Codificationen. Man wird daher wohl befugt sein zu sagen, daß er das practische Beispiel unserer gegenwärtigen Fähigkeit zu codificiren sei.

Da wir es aber hier unserm Zwecke gemäß, nur mit der Codification als einer unter mehreren Formen der Gesetzgebung zu thun haben, so ergiebt sich von selbst, daß, wenn wir unsere Ansicht durch Beispiele aus diesem Entwurfe exemplificiren, eine Beurtheilung des Inhalts für sich, also

des materiellen Gehalts der Bestimmungen des Entwurfs, ausgeschlossen bleibt. Uns interessirt mit einem Worte der Inhalt nur so weit als er durch diese Form modificirt wird.

Der ganze Zweck der folgenden Abhandlung ist nämlich nur der, eine Vorfrage, die bisher nicht aufgeworfen wurde, einer genaueren Prüfung zu unterziehen, nämlich: welchen Einfluß hat die Form der „Codification" auf das materielle Recht? oder: Inwieweit wird das bestehende Recht schon allein dadurch materiell verändert, daß es „codificirt" wird?

I. Die Formen der Codification in ihrem Einflusse auf das bestehende Recht.

§ 1.

1. Die Incorporation.

Unter dem Worte „Codification" werden aber häufig zwei in äußerer Erscheinung und Wirkung sehr verschiedene Zusammenfassungen des Gesammtrechts eines Staates verstanden. Es wird zweckmäßig sein, beide durch verschiedene Namen zu bezeichnen. Ich nenne die eine „Incorporation", die andere „Codification".

Unter „Incorporation" verstehe ich: „die Sammlung, Sichtung und zweckmäßige Anordnung aller wirklich in einem Staate geltenden Gesetze". Sie hat die Absicht: den Gesammtinhalt des bisherigen Rechts aufrecht zu erhalten und nur im Einzelnen abzuändern. Sie will, wie Kierulff bei Gelegenheit von der Gesetzgebung sagt, der Theorie einen für ihre Arbeit „gereinigten" Boden geben. Eine solche Sammlung der Gesetze will ich der Kürze wegen und im

Gegensatze eines durch „Codification“ zu Stande gekommenen Gesetzbuchs „Corpus“ nennen.

„Codification“ nehme ich in dem gewöhnlichen Sinne als: „die Zusammenfassung und Neuformulirung des gesammten Rechtes eines bestimmten Staates, wie dasselbe im Momente seiner Publication zum Bewußtsein gekommen ist und in diesem Sinne von diesem Momente an gelten soll“. Die Codification hat also gerade die entgegengesetzte Absicht: den Gesammtinhalt abzuändern, und nur materiell Einzelnes zu erhalten. Das diesen Rechtsinhalt enthaltende Gesetzbuch mag im Gegensatze zum „incorporirten“ als „Codex“ bezeichnet werden.

Wie wesentlich verschieden in Zweck und Wirkung jeder dieser beiden legislatorischen Acte ist, wird sich aus Folgendem ergeben:

Die „Incorporation“ geht zunächst darauf aus, bei dem bisherigen Rechte das nur scheinbare von dem wirklichen, d. h. dem effectiv noch geltenden, zu scheiden. Sie prüft also vor Allem, ob das, was die äußere Form eines Gesetzes hat, auch in Wahrheit noch einen practischen Inhalt habe, noch geltendes Recht sei, oder nicht. Sie prüft und entscheidet diese Frage eben so wohl hinsichtlich ganzer Rechtsinstitute, als hinsichtlich einzelner Gesetze. So würden z. B. bei einer Incorporation des gemeinen deutschen Rechts sämmtliche Gesetze über das Institut der Leibeigenschaft ge-

rade so ausgeschieden werden, wie einzelne Luxusgesetze der frühern Zeit.

Die Incorporation als solche will keine neue Quelle des Rechts schaffen, sondern nur die alte reinigen. Ihre Aenderungen bestehen nur im Aufheben des nicht mehr gelten Sollenden, aber sie führt nicht neu ein. Was sie aufnimmt gilt zwar weil sie es aufgenommen, aber das Aufgenommene gilt in dem alten Sinne. Wie man den Sinn des incorporirten Gesetzes bisher verstand, so soll er auch nach der Incorporation verstanden werden. Und was sich im Laufe der bisherigen Entwickelung und Entfaltung eines Rechtssatzes zu weiterer Entwickelung vorbereitet hat, entwickelt sich aus der alten Quelle und in der eingeschlagenen Richtung weiter. Sie unterbricht daher diesen Gang der Entwickelung nicht, denn sie sagt nicht: „Bis hierher und nicht weiter", sondern: „Bis hierher und von da aus weiter". Was die Wissenschaft aus der alten Quelle erarbeitet, was die Praxis von Erfahrungen an diese Quelle geknüpft hat, es sinkt nicht durch Incorporation zu blos schätzbarem Material herab, sondern bleibt in der Continuität der lebendigen Anwendung.

Mit Einem Worte, die Incorporation läßt den wesentlichen Bestandtheil des Rechts, dessen geschichtliche Natur, nicht nur in materieller, sondern auch in formeller Beziehung völlig unberührt, d. h. sie erkennt an, daß unter wechselnder Gestalt und wechselnder Auffassung, sich das immer

gleiche, das Recht als solches, zu höherer Einheit entfaltet. Denn — wie Christiansen so treffend sagt — „so reich auch eine Gegenwart sei, so hat sie doch die Quellen ihres Reichthums in der Vergangenheit, ihren Reichthum aber an dem Unvergänglichen, das vor ihr war und nach ihr sein wird".

Fast möchte es hiernach scheinen, als sei diese Incorporation die einzig berechtigte Form für ein umfassendes Gesetzbuch, als sei sie das Höchste, was die Gesetzgebung erreichen könnte.

Aber wie nahe läge bei dieser Ansicht der Einwurf, daß wir auf diesem Wege nur von der Erbschaft unserer Vorfahren zehrten, ohne durch eigenes Geschick und eigene Arbeit sie zu erweitern und den Nachkommen wieder die Früchte unserer Arbeit zu hinterlassen. Was würde aus allen den Verhältnissen des Verkehrs und Lebens, wie bei dem Verkehr mit Staatspapieren, Autorenrecht und Verlagsrecht, werden, die neu gebildet ihre rechtliche Norm verlangen? Sollen wir, wo Theorie und Praxis schwanken, aus Mißtrauen in unsere eigene Kraft nicht das Schwankende feststellen? Sollte, wie schon Kierulff sagt, die deutsche Nation, die seit Jahrhunderten hinreichende Geduld und Geschicklichkeit im Fache des Lernens beurkundet hat, nicht auch im Gebiete des Rechts productiv thätig sein können?

Man sieht so einfach ist uns die Lösung der Frage nicht gemacht, wie sie sein würde, wenn wirklich in der Incorporation

für die Gesetzgebung der Stein der Weisen gefunden wäre. Wir müssen selbst Hand anlegen, das Schwankende festzustellen und das Neue zu normiren; wir müssen eben in allen diesen Fällen selbst schaffen, auch in der Gesetzgebung productiv sein.

Aber die Frage bliebe: Wann und wie?

§ 2.

2. Die Codification.

Also das ist unzweifelhaft, daß wir mit bloßer „Incorporation" nicht auskommen. Wenden wir uns also zur „Codification", vielleicht daß wir mit ihr das Ziel erreichen, oder ihm wenigstens näher kommen.

Die Codification geht ihrem Begriffe gemäß von einem völlig entgegengesetzten und in dem Grundgedanken wesentlich verschiedenen Gesichtspunkt aus.

Sie hebt formell Alles auf und führt formell Alles neu ein. Nichts gilt bei ihr im alten Sinne als solchem, sei es auch diesem so conform als möglich. Denn der bisherige Sinn des alten Rechtssatzes ist rechtlich völlig indifferent geworden und muß es sein, weil neben dem neuen codificirten Rechtssatze selbstverständlich der alte, an dessen Stelle der neue getreten ist, rechtlich völlig bedeutungslos wurde. Das Wesen der Codification ist eben, alles Recht (wenn auch nur einer bestimmten Art des Rechts z. B. des Privatrechts) zu umfassen, so daß es kein Recht giebt,

außer dem von ihr selbst gesetzten. Die Codification würde sich selbst aufheben, wenn es anders wäre. Es ist daher eine völlig consequente, obgleich factisch undurchsetzbare Bestimmung, wenn der Entwurf des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs nicht blos das bisherige Gewohnheitsrecht aufhebt, sondern auch im § 30 vorschreibt, daß „durch Gewohnheiten (?) weder Gesetze aufgehoben oder abgeändert, noch neue Vorschriften mit Gesetzeskraft eingeführt werden können".

Also dem Wesen und dem Begriffe der Codification gemäß ist durch dieselbe das gesammte alte Recht völlig verschwunden. Das Recht von gestern steht zu dem codificirten Rechte von heute nicht anders, als irgend welche beliebige Antiquität des römischen Rechts zum heutigen gemeinen Rechte. Ob Tage oder Jahrhunderte zwischen dem aufgehobenen alten und aufhebenden neuen Rechtssatz liegen, ist theoretisch völlig gleichgültig. Denn wir haben bei dem „codificirten" Rechtssatz nicht einmal die Befugniß, dessen Sinn und Bedeutung aus dem durch ihn aufgehobenen zu erklären. Denn während dieß bei der Aufhebung eines einzelnen Gesetzes durch ein anderes einzelnes neueres als Interpretationsmittel zuläßig und geboten ist, ist dieß bei der Codification, ihrer eigenen Natur nach, unzuläßig. Bei ihr steht nicht ein älteres Gesetz einem neuen gegenüber, sondern das ganze ältere Recht dem ganzen neuen. Nicht diese oder jene Gesetze sind bei der Codification neu, sondern der Gesammtinhalt des Rechts ist ein neuer. Am auffal-

leuchten zeigt sich diese Natur der Codification, wenn man den Fall setzt, daß ein früheres Gesetz seinem Wortlaut nach in den „Codex" aufgenommen wäre. Hat dieses Gesetz auch im neuen Codex deßhalb, weil es „wörtlich" aufgenommen wurde, noch den alten Sinn und Umfang? Deßhalb allein sicher nicht. Denn sein gegenwärtiger Sinn und Umfang ist nur zu ermessen und zu finden aus dem neuen Gesammtinhalte des codificirten Rechts. Läßt dieser den alten Sinn der Worte nicht zu, so haben sie einen neuen aus diesem Gesammtinhalt, aus der Gesammtanschauung des neuen Codex zu entnehmenden.

Es hat daher keinen rechten Sinn, wenn die Motive zum Entwurfe S. 471 sagen, daß „dem neu redigirten Entwurfe unser bisheriges Recht zu Grunde liege". Dieß kann für die willigere Aufnahme des neuen Gesetzbuchs als Empfehlung gesagt oder, um es mit dem bisher gebräuchlichen Ausdrucke zu bezeichnen, bei der „Codification" eines Gesetzes wohl die occasio legis sein, aber sonst nichts. Um dem sofort beizustimmen, braucht man sich nur den Fall zu denken, daß ein älteres Gesetz durch ein neueres gänzlich aufgehoben würde, welche Bedeutung sollte da der Satz der Motive haben, daß dem neuen Gesetze das alte zu Grunde liege? Und ist die „Codification" etwas Anderes als gänzliche Aufhebung aller frühern Gesetze?

Es zeigt sich dieß namentlich bei den im Rechte so häufigen „technischen Worten". So sicher sonst durch einen sol-

chen terminus technicus der eigentliche Inhalt eines Ausdrucks bezeichnet wird, so bedeutungslos ist er bei der Codification, da er bei ihr vielleicht dasselbe bezeichnen soll, was er bisher bezeichnete, aber keineswegs schon deßhalb, weil er gebraucht ist, dasselbe bezeichnet, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der neue Gesammtinhalt des codificirten Rechts ihn in dieser alten Bedeutung zuläßt. Man hat daher bei jeder Codification erst die Bedeutung des herkömmlichen technischen Wortes neu zu prüfen und festzustellen.

Es hat auch in dieser Beziehung der Entwurf des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs ganz consequent die alten technischen Bezeichnungen namentlich des römischen Rechts verbannt und neue Bezeichnungen an deren Stelle gesetzt, und ist dadurch in gewissem Sinne dem Vorwurf entgangen, den Böcking[2] mit Recht sonst dergleichen Umgestaltungen macht, wenn er sagt: „nichts führt hier häufiger und schlimmer zu Irrthümern, als bloße Wortähnlichkeiten und vermeintliche Uebersetzungen, namentlich technischer Worte". Durch diese consequente Verbannung der technischen Worte zeigt eben die Codification auch äußerlich an, daß sie mit der bisherigen Auffassung principiell gebrochen hat und auch haben will. Sie will selbst nicht an die alten Vorstellungen erinnern, die man gewohnt war, mit den bisherigen technischen Ausdrücken zu verbinden.

---

2. Böcking, Pandecten. Aufl. 5. 1861. S. VII. Noch stärker: Ihering, Geist des röm. Rechts. Thl. II. S. 344. Not. 482.

§ 3.

Beispiele für diese Unterscheidung der Codificationsformen.

Die in den vorigen Paragraphen begriffsmäßig aufgestellten Unterscheidungen, durch welche die bloße Form der „Incorporation" oder „Codification" das materielle Recht afficirt, mögen mit einigen Beispielen aus den neuen Codificationen belegt werden. Wir halten uns auch hier wieder wesentlich an den Entwurf des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs, der von jetzt an kurzweg als „Entwurf" bezeichnet werden mag. Die Beispiele sind deßhalb vorzugsweise aus ihm zu entnehmen, weil in ihm, wie schon die Andeutungen im vorhergehenden Paragraphen gezeigt haben werden, das eigentliche Wesen der „Codification" am consequentesten durchgeführt ist.

Es ist, wie nochmals wiederholt sein mag, hier niemals der materielle Werth oder Unwerth irgend einer rechtlichen Bestimmung einer Kritik zu unterwerfen, sondern nur an einigen zufällig herausgenommenen Beispielen der Unterschied zu zeigen, welchen materiell andern Gehalt derselbe Rechtssatz hat, je nachdem er ein „incorporirter" oder ein „codificirter" ist.

Wir wählen zuerst der Vergleichung halber die Normen über die culpa aus dem Preußischen Landrechte und aus dem Entwurfe.

Im Preußischen Landrechte (Thl. I Tit. 3. § 17.) ist unzweifelhaft mit dem dort gebrauchten Ausdrucke „Versehen"

die römische „culpa“ gemeint, und nach der damals herrschenden Theorie sind drei Grade dieser culpa angenommen worden. Es ist bekannt, daß man hinsichtlich dieser drei Grade materiell nichts Neues einführen wollte, man wollte nur die Regeln des römischen Rechts einfach annehmen. Nun ergaben aber spätere Untersuchungen, daß im römischen Rechte nur zwei Grade der culpa angenommen seien, und daß es überhaupt eigentlich auch nur zwei geben könne.

Wäre nun das Preußische Landrecht statt einer „Codification“ des Privatrechts nur eine „Incorporation“ desselben gewesen, so war es, deren Begriffe gemäß, die Absicht des Gesetzgebers die Bestimmungen des römischen Rechts über culpa aufzunehmen, nicht aber selbständig neu zu normiren. Bei dieser Absicht war es für den materiellen Gehalt des § 17 dann gleichgültig, ob an die Stelle des Wortes „culpa“ das Wort „Versehen“ gesetzt wurde oder ob man das Wort „culpa“ beibehielt. War nur „incorporirt“, so waren alle späteren Untersuchungen über die römische „culpa“ zugleich auch Untersuchungen über das „Versehen“ des Landrechts, und die Resultate auch gleichmäßig Resultate für beide. So hätte man zu gleicher Zeit wie beim gemeinen Rechte auch beim Preußischen Landrechte zwei Grade der „culpa“ und des „Versehens“ gehabt.

Das Preuß. Landrecht ist aber eine „Codification“, daher kann dessen „Versehen“ nur aus dem Landrechte selbst erklärt werden. Bei der „Incorporation“ hätte die momen-

tane Ansicht über die Grade der culpa eben nur die Bedeutung einer momentanen und subjectiven Ansicht über einen noch nicht vollständig zur Entfaltung gekommenen Rechtssatz. Bei der „Codification“ wird dagegen diese momentane und subjective Ansicht „über einen bestehenden Rechtssatz“ selbst zum „Rechtssatz“. Und so kommen wir in unserm Beispiele zu folgender Argumentation: Das Landrecht hat ein „Versehen“ mit drei Graden, die römische „culpa“ hat nur zwei, und kann nur zwei haben, folglich muß „Versehen“ etwas Anderes sein, als was man bisher unter „culpa“ verstand. Und dennoch wollte man damals, daß „Versehen“ = „culpa“ sei.

Daß die bloße Form der Codification einen so wesentlichen Einfluß auf den materiellen Gehalt der codificirten Rechtssätze hat, zeigt sich bei denselben Bestimmungen über culpa auch im Entwurfe wieder, wenngleich von einer andern Seite.

In § 125 des Entwurfs werden die „Fahrlässigkeit“ und deren Grade festgestellt. Bei dem schon oben erwähnten Streben dieser Codification technische Worte zu vermeiden, würde es sich allerdings zunächst fragen, ob der Ausdruck „Fahrlässigkeit“ nicht etwas Anderes bedeuten solle, als „culpa“? Allein bei der fast wörtlichen Uebersetzung der bisherigen römischen Gradbezeichnung wird kaum ein Zweifel gestattet sein, daß man materiell die bisherigen Grundsätze über

die Grade der „culpa" nur einfach aufnehmen, aber keineswegs abändern wollte.

Diese zwei Grade der „culpa" oder „Fahrlässigkeit" sind denn folgendermaßen in § 125 des Entwurfs paraphrasirt:

„Geringe Fahrlässigkeit" (offenbar statt „levis culpa" gesetzt) „besteht in der Unterlassung derjenigen Sorgfalt, welche ein ordentlicher, aufmerksamer Hausvater anzuwenden pflegt, grobe Fahrlässigkeit" (offenbar statt „lata culpa" gesetzt) „in der Unterlassung derjenigen Sorgfalt, welche gewöhnlich auch ein minder ordentlicher und aufmerksamer Mensch beobachtet".

Ganz abgesehen von dem stylistisch unter Umständen zulässigen, bei Gesetzen aber mindestens stets bedenklichen Wechsel des Ausdrucks („Hausvater" = „Mensch" und dann „anzuwenden pflegt" = „beobachtet"), ist auch materiell der aufgestellte Unterschied der Grade der „Fahrlässigkeit" wesentlich ein anderer, als der der Grade der bisherigen „culpa". Er ist ein völlig neuer und dieß nur durch die Form der „Codification" geworden, d. h. blos deßhalb, weil er „codificirt" und nicht incorporirt wurde, wie sich bei genauerer Prüfung des eigentlichen Inhalts ergeben wird.

Jedes Messen, also auch die Berechnung nach Graden, setzt seiner Natur nach ein objectives Drittes voraus, an dem gemessen werden kann. Je unbestimmter und subjectiver dieses Maaß ist, um so unbestimmter und subjectiver muß die

Messung werden. Es liegt nun auf der Hand, daß ein Maaß für innere Vorgänge nie dieselbe Genauigkeit haben kann, wie ein Maaß für Gegenstände der äußeren Welt. Aber den Anspruch wird man auch an ein Maaß für innere Vorgänge machen können, daß es leicht und einfach sich daran messen lasse, und daß es mindestens nicht an seiner eigenen Unbestimmtheit leide.

Wenden wir diese Sätze auf § 125 des Entwurfs an, was ergiebt sich? —

Das Maaß ist: die Sorgfalt eines ordentlichen aufmerksamen Hausvaters. Was unter dieser Sorgfalt ist, ist „Fahrlässigkeit“. Was heißt hier zunächst „Hausvater“? doch wohl so viel als „wer sein eigener Herr ist“. Ist die Sorgfalt eines solchen eine besonders qualificirte im Gegensatz zu der Sorgfalt eines „Menschen“, der nicht Hausvater ist? Sicher nicht, denn der Entwurf hat selbst angedeutet, daß „Hausvater“ hier nur „Mensch“ bedeuten solle, indem er in demselben Satz für das erstere Wort das Wort „Mensch“ substituirt. Zu was also aus bloßen Rücksichten auf Euphonie einen Ausdruck erst brauchen, der erst dadurch seine eigentliche Bedeutung bekommt, daß man später den wirklich setzt, den man gleich hätte setzen sollen?

Jetzt, wo uns Allen noch sogleich das römische diligens paterfamilias und der homo diligens anklingt, erscheint diese Bemerkung vielleicht kleinlich; aber sie ist es in Wahrheit nicht, denn es ist ein wesentlicher Unterschied, ob

die Casuistik oder das Gesetz, die eine concret, das andre in allgemeiner Bestimmung so im Ausdrucke wechselt. Aber der Entwurf will neues Recht setzen, (vergl. Motive S. 478 ff.) und wir müssen uns deßhalb unsere alten Begriffe aus dem Sinne schlagen. Der alte diligens paterfamilias mit seinem Gegenbilde des negligens ist aufgehoben, ist Antiquität geworden, wir kennen nur noch § 125 des Entwurfs. Sollte da doch am Ende hinter dem Unterschiede von „Hausvater" und „Mensch" mehr zu suchen sein, als uns in den alten Begriffen Befangenen darin zu liegen scheint?

Aber quälen wir uns nicht mit Worten, lassen wir Hausvater und Mensch identisch sein. Wir fragen, auf die Sache selbst eingehend: Wie muß ein Mensch geeigenschaftet sein, um das Prädicat eines „ordentlichen und aufmerksamen" zu verdienen? Was muß ihm fehlen, um für einen minder ordentlichen und aufmerksamen zu gelten? Der Entwurf setzt dieß als bekannt voraus, denn er giebt auf diese Fragen keine Antwort. Es wird also diese Antwort dem arbitrium iudicis, dem richtigen Urtheil des Richters überlassen. Aber sollte, da der Richter hierbei durchaus keinen objectiven Grund für seine Ansicht hierüber hat, nicht der Fall möglich sein, daß der eine Richter seine Anforderungen, um einem Menschen jene Prädicate zuzuschreiben, höher, der andere niedriger stellte? Beides einsichtige Leute, an deren „richtigem Urtheil" sonst Niemand zweifelt. Wäre der Fall nicht denkbar, daß der Eine mich für „ordentlich und aufmerksam"

hält, wenn ich nur die Handlung A nicht unterlasse, und es ändert sein Urtheil hierüber nicht, wenn ich dabei die Handlung B unterlasse? Der Andere hält aber dafür, daß ein ordentlicher und aufmerksamer Mensch bei Vornahme der Handlung A auch die Handlung B nicht unterlassen dürfe, wenn er nicht den Anspruch verlieren will, für einen „ordentlichen und aufmerksamen" Menschen zu gelten? Wer hat Recht? Aus welchem Grunde soll ein Dritter nachweisen, daß der Eine Unrecht, der Andere Recht gehabt habe?

Man denke, es wäre ein Fall nach § 125 des Entwurfs zu entscheiden. Da der Entwurf eine „Codification" ist, so sind die römischen Sätze von culpa lata und levis nur noch Antiquitäten, und wir sind nach den oben ausgeführten Grundsätzen durchaus nicht berechtigt, die neuen Sätze des Entwurfs aus dem aufgehobenen Rechte zu erklären. Die Frage, die uns hierbei zunächst interessirt, ist nun keineswegs: ob die Bestimmungen des Entwurfs zweckmäßig sind oder nicht; sondern nur die: ob — vorausgesetzt, daß der Entwurf hier nur das alte, bisherige Recht aufnehmen wollte — durch die bloße Form der Codification, blos dadurch, daß codificirt wurde, auch materiell das bisherige Recht verändert worden ist. Wird nun bei dem zu entscheidenden Falle nach den Bestimmungen des Entwurfs die Entscheidung desselben ganz genau so ausfallen und ausfallen müssen, wie sie nach dem bisherigen Rechte ausfiel, so würde feststehen, daß hier durch die Codificationsform materiell

nichts geändert sei, d. h. in unserem Falle die „Fahrlässigkeit" des Entwurfs = sei der bisherigen „culpa". Tritt der entgegengesetzte Fall ein, so hat die Codification, auch wenn sie nicht ändern wollte, dennoch neue Rechtssätze geschaffen; dann ist die „Fahrlässigkeit" des Entwurfs etwas Anderes, als die alte „culpa". Die Wissenschaft hat dann die Aufgabe, dieses neue Rechtsgebilde begriffsmäßig festzustellen, und die Praxis die, sich dieser neuen Theorie anzuschließen.

Bei Entscheidung eines Falles haben wir aber bei der „Codification" natürlich den Gesammtinhalt des Gesetzbuches vor Allem bei dieser Entscheidung im Auge zu behalten.

Wir ziehen zu diesem Zwecke den § 750 des Entwurfs zur Erklärung von § 125 hinzu. In § 750 heißt es wörtlich: „Ist die Erfüllung einer Forderung ganz oder theilweis unmöglich geworden, so wird eine Verschuldung des Verpflichteten so lange angenommen, als nicht nachgewiesen wird, daß die Unmöglichkeit von dem Berechtigten verschuldet worden ist, oder in einem Zufalle ihren Grund hat".

Nur der letzte Satz dieses Paragraphen, so weit wegen des Zufalls Bestimmungen dort getroffen sind, ist für uns von Interesse. Also der Fall, der hier gemeint ist, ist folgender: Ich kann eine schuldige Leistung nicht erfüllen. Wenn ich nicht beweisen kann, daß ich nur durch Zufall außer Stande bin zu erfüllen, so muß ich Ersatz leisten. Ich kann mich also, wenn der Schaden nicht zufällig ange-

richtet war, nicht dadurch gegen diese Ersatzpflicht schützen, daß ich den Beweis führe, wie ein ordentlicher und aufmerksamer Hausvater gehandelt zu haben.

Um nun den rechtlichen Zusammenhang der Bestimmungen in § 125 und in § 750 vollständig zu erschöpfen, ist noch § 740 hinzuzunehmen. Hier heißt es:

„Wird die Erfüllung einer Forderung durch eine Verschuldung ganz oder theilweis unmöglich gemacht und hat der Verpflichtete die Unmöglichkeit verschuldet, so besteht dessen Verbindlichkeit unverändert fort und es kann der Berechtigte Schadenersatz fordern“.

Fassen wir den Sinn dieser §§ 740 und 750 zusammen und übersetzen ihn in's Gemeinrechtliche, so ist nach „gemeinrechtlicher“ Redeweise damit gesagt: Wer für levis culpa zu haften hat, muß — wenn er nicht haften will — beweisen, nicht daß es ihm, sondern daß es überhaupt unmöglich gewesen sei, den betreffenden Schaden zu verhüten.

Nach §§ 747 und 748 haften nach dem Entwurfe ganz dieselben Personen für „geringe Fahrlässigkeit“, die nach gemeinem Rechte für „levis culpa“ haften. Fassen wir nun die Bestimmungen des Entwurfs über Ersatzpflicht in Obligationsverhältnissen (der Entwurf spricht „von Betheiligten bei einer Forderung“) zusammen, so lauten sie dahin: In gewissen Obligationsverhältnissen, nämlich den § 747 und 748 characterisirten, muß der Verpflichtete auch den Schaden ersetzen, den er durch „geringe Fahrlässigkeit“ angerichtet

hat, also durch Unterlassung derjenigen Sorgfalt, welche ein ordentlicher und aufmerksamer Hausvater anzuwenden pflegt.

Wenn also nun z. B. Jemand bewiese, daß alle ordentlichen, aufmerksamen Hausväter seiner Gegend bei Paquetsendungen gewisser Gegenstände in's Ausland, diese in Leinwand einnähten und in bestimmter Weise versiegelten, wie es nach seiner Erkundigung auf der Post postmäßig vorgeschrieben sei, so wird man nach § 125 des Entwurfs sicher sagen müssen: Der Absender habe, wenn er in dieser Weise verpackt sein Paquet in's Ausland sandte, die Sorgfalt nicht unterlassen, welche ein ordentlicher, aufmerksamer Hausvater anzuwenden pflegt. Er hat also nach § 125 des Entwurfs sich nicht einmal eine „geringe Fahrlässigkeit" zu Schulden kommen lassen. Nun haften aber nach § 747 die „Betheiligten bei einer Forderung" in ihren gegenseitigen Beziehungen nicht weiter als höchstens noch wegen „geringer Fahrlässigkeit". Einer solchen hat sich aber unser Absender nicht schuldig gemacht, wenn also trotz dieser Sorgfalt das Paquet nicht in die Hände des Adressaten kommt, so haftet er nach § 747 nicht, ist also nicht ersatzpflichtig.

Gesetzt nun in einem fernen Staate bestünde ein Gesetz, nach welchem, wenn Gegenstände der von unserm Absender versendeten Art nicht in doppelte Leinwand eingenäht wären, diese Gegenstände am Empfangsorte confiscirt würden.

Nach § 125 des Entwurfs hat unser Absender sich nicht einmal einer „geringen Fahrlässigkeit" schuldig gemacht, ist

also nach § 747 nicht ersatzpflichtig und es trägt den Schaden der Adressat. Nach § 750 trägt aber in demselben Falle der Absender den Schaden, denn er kann nicht beweisen, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung „in einem Zufalle ihren Grund hat". „Zufällig" sind aber nach § 129 „alle unabwendbaren Verletzungen und solche, welche dem, dessen Verpflichtung in Frage kommt, nicht zugerechnet werden können". Die hier in unserm Falle vorliegende Verletzung ist aber weder „unabwendbar", noch der Absender „unzurechnungsfähig" [3], er haftet demnach, ohnerachtet er die Sorgfalt eines „ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters" angewendet hat. Er haftet also aus einem dritten Grade der Fahrläſſigkeit, weil er diesen Schaden hätte vermeiden können, wenn er noch ordentlicher und aufmerksamer gewesen wäre, als ein ordentlicher und aufmerksamer Hausvater, also z. B. am betreffenden Orte selbst sich erkundigt hätte, und nicht blos auf der inländischen Post.

Wir haben hier also, und im Wesentlichen blos durch

3. Daß unter „Verletzungen, welche Jemanden nicht zugerechnet werden können" nur die aus der Unzurechnungsfähigkeit des Verletzenden entstandenen gemeint sein können, ergiebt der Gegensatz der „unabwendbaren". Denn, wenn hierunter auch verstanden sein sollten „Verletzungen, welche schwierig zu vermeiden waren" und deßhalb nicht zugerechnet werden sollten, so wäre selbst der Begriff des „Zufalls" — wie schwierig es war, den Schaden zu vermeiden — dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, ein Gedanke, der völlig unzuläſſig wäre.

die Form der „Codification“, unmerklich wieder drei Grade der Diligenz und folglich auch drei Grade der „Fahrlässigkeit“. — 1) Die Sorgfalt „des minder ordentlichen und aufmerksamen Menschen“. — 2) Die „des ordentlichen und aufmerksamen Hausvaters“ und endlich — 3) die „des denkbar ordentlichsten und aufmerksamsten Hausvaters oder Menschen“. Wir haben also, wenn auch nicht ausdrücklich, doch actuell durch die Codification wieder die ehemaligen drei Grade der culpa.

Man wollte sicher sich bei den Grundsätzen der Haftung aus culpa nicht von dem so festen Maaßstabe der römischen Grade entfernen, aber man ist unmerklich durch die Absicht zu „codificiren“, also eine neue Quelle zu schaffen, statt die alte Quelle selbst zu „incorporiren“, so weit vom bisher geltenden Rechte abgewichen.

Auch nach einer andern Seite hin hat aber die Form der „Codification“ in Beziehung auf das bisherige Recht möglicher Weise Wirkungen, die man nicht beabsichtigte, und die bei der „Incorporation“ eben wieder gerade ihrer Form wegen vermieden wären. Wir sehen, daß eben ihrem Begriffe gemäß die „Codification“ alles Recht, also z. B. bei einem Codex des Privatrechts das gesammte Privatrecht, nicht etwa wie es augenblicklich in Wirklichkeit besteht, sondern wie es im Augenblicke der Publication sich dem Gesetzgeber darstellte, wie er es auffaßte, umfassen

und diese „Auffassung“ zum Gesetz erheben soll. Der Gesetzgeber hat also bei der Codification die schwere, vielleicht allzuschwere Aufgabe dieses gesammte Recht, wie es sich ihm darstellt, wie es ihm zum Bewußtsein gekommen ist, auch zu formuliren. Und wer weiß, mit welchen Schwierigkeiten eine dem gesetzgeberischen Willen entsprechende legislatorische Formulirung dieses Willens, selbst bei einem einzelnen Gesetze ist, wird gern zugeben, daß es eine fast die menschliche Kraft übersteigende Aufgabe ist, z. B. nur das „gesammte Privatrecht“ eines Staates neu zu formuliren. Es gehörte dazu das präsenteste Bewußtsein nicht allein des Verhältnisses dieses oder jenes Gesetzes zu einem andern, sondern auch des Verhältnisses jedes einzelnen Gesetzes zu dem Gesammtinhalt des neuen Privatrechts.

Es wird genügen, um die Schwierigkeit dieses präsenten Wissens zu constatiren, ein Beispiel aus dem Entwurfe anzuführen, wo ein Satz aufgenommen ist, für den es gegenwärtig kein Object mehr giebt. Wenn die „Incorporation“ etwas in Wahrheit Abgelebtes für noch lebend hielt, also ein Gesetz incorporirte, dem thatsächlich das Object fehlt, so ist dabei keine Gefahr. Es soll zwar gelten weil sie es aufnahm, aber doch nur so, wie es bisher gegolten. Fehlt daher dem „incorporirten“ Rechtssatz jetzt der Gegenstand, der schon vorher dem Rechtssatze fehlte, so bleibt der irrthümlich aufgenommene Rechtssatz auch dasselbe, was er vorher war, ein Rechtssatz ohne Object.

Wenn die „Codification“ dagegen irrthümlich einen solchen Rechtssatz aufnimmt, so ist der neu aufgenommene nicht mehr der alte gegenstandlose, sondern — weil sie „formell“ alle neu einführt — ein neuer, für den man ein neues Object suchen und dieses dem Rechtssatz unterlegen muß. Denn jedes Falls muß das neue Gesetz Etwas gewollt haben, mag uns dieser Wille zunächst auch noch so dunkel sein.

Wir wählen zur Bestätigung dieses Satzes ein Beispiel aus dem Entwurfe, nicht als ob die ältern Codificationen nicht gleiche Beispiele böten, sondern weil der Entwurf mit einer klareren Vorstellung über das Wesen der „Codification“ uns entgegentritt und weitaus die frühern Codificationen in dieser Rücksicht übertrifft. Denn was an dieser neuesten und relativ besten Codification zu tadeln, wird in erhöhtem Maaße die übrigen treffen.

In dem Entwurfe also heißt es § 32:

„Jeder Mensch ist rechtsfähig“.

Im letzten Satze des § 34 findet sich dann folgende Bestimmung:

„Todtgeborene werden so betrachtet, als wären sie nicht empfangen worden“.

Da nun die „Rechtsfähigkeit“ einer Person, nach dem ersten Satze desselben Paragraphen, mit deren Geburt beginnt, und Ungeborene von dem Zeitpunkte der Empfängniß an nur „vorläufig“ den wirklich Geborenen gleichgeachtet

werden, so kann der letzte Satz: „Todtgeborene werden so betrachtet, als wären sie nie empfangen worden" natürlich nur heißen: „werden rechtlich nicht als Personen angesehen"[4]. Im § 35 folgt die Bestimmung:

„Die Bestimmung über Todtgeborene gilt auch von Geburten, welche so von der menschlichen Bildung abweichen, daß sie nicht als Menschen angesehen werden können".

Der Fall, der hier gemeint ist, ist folgender: Es ist eine lebendige Geburt da, diese weicht aber so von der menschlichen Bildung ab, daß sie nicht als Mensch angesehen werden kann. Worin muß diese Abweichung bestehen? Wie groß muß dieselbe sein?

So wenig wir auch geneigt sind, es als das höchste Ziel der Gesetzgebung anzusehen, dem richterlichen freien Urtheil so wenig wie möglich zu überlassen, so dürfen doch dem Richter nicht Fragen zur Entscheidung zugewiesen werden, deren Entscheidung rein auf „subjectiver" Anschauung beruhen, und sein einziger Entscheidungsgrund sein eigenes subjectives Meinen sein muß. Wo soll nun der Richter für die Ant-

---

4. Beiläufig sei hier wieder die Abwechselung zwischen den Ausdrücken „Person" und „Mensch" gerügt. Denn § 32 heißt es: „Jeder Mensch ist rechtsfähig" und in § 34 „die Rechtsfähigkeit einer Person beginnt mit deren Geburt". Beides wird als gleichbedeutend gebraucht, und man würde, wenn diese Ausdrücke wirklich gleichbedeutende wären, auch von „juristischen Menschen" statt von „juristischen Personen" reden können.

wort auf die oben gestellten Fragen Gründe hernehmen, die einen Andern überzeugen könnten?

Treten wir aber nun den Bestimmungen des Entwurfs über die nicht menschlich gebildeten Geburten näher.

Daß hier das „monstrum“ oder „prodigium“ des römischen Rechts hat codificirt werden sollen, unterliegt für den Juristen nicht dem mindesten Zweifel. Nach römischem Rechte entzogen aber bloße „Abweichungen“ von der menschlichen Gestalt den wirklich lebendig geborenen Wesen die Rechtsfähigkeit nicht. Man hat daher die Frage „wo die wirkliche Menschengestalt aufhört“ aus analogen Bestimmungen dahin fixirt, daß der „Kopf“ die menschliche Bildung an sich tragen müsse, wenn die „Geburt“ kein monstrum oder prodigium sein solle.

Der Entwurf giebt nun nicht an, wann eine Geburt so von der menschlichen Bildung abweiche, daß sie nicht als „Mensch“ angesehen werden könne. Da der Entwurf aber eine „Codification“ ist, so gilt natürlich die alte Analogie hinsichtlich des Kopfes nicht mehr. Der auf diese Analogie sich stützende und diese in seinen Entscheidungsgründen anziehende Richter würde sich auf ein Recht berufen, das nicht mehr existirt. Folglich muß nach dem Entwurfe, die Entscheidung dieser Frage dem „richterlichen Ermessen“ zugewiesen sein. Setzen wir uns nun in die Lage dieses arbitrirenden Richters, so wird er nach dem Entwurfe in folgendes Dilemma gerathen:

Eine „Frau“ hat etwas Lebendiges geboren. Diese „Geburt“ weicht aber so sehr von der menschlichen Bildung ab, daß Niemand darin einen Menschen zu erkennen vermag.

Die „Frau“ — so schließt der Richter — war Mensch. Da nun ein Mensch entschieden nichts Anderes gebären kann, als wieder einen Menschen, ein Mensch aber geboren hat, so muß das Geborene ein Mensch sein. Jeder Mensch aber ist nach § 32 „rechtsfähig“, folglich muß auch dieser Mensch rechtsfähig sein. Aber § 35 sagt, daß „dieser“ Mensch nicht rechtsfähig ist. Mag er also Tage oder Jahre lang leben, dieser Mensch ist nicht rechtsfähig. Also nach dem „codificirten“ Entwurfe würde in Sachsen folgender Satz als Rechtssatz gelten: „Alle Menschen sind rechtsfähig, mit Ausnahme derer, welche nach richterlichem Ermessen ganz von der Menschengestalt abweichen“. Also wie nun, wenn diese Mißgestalt fortlebt? Was dann? Sie ist nicht rechtsfähig, nicht Subject von Rechten, folglich Object. Sollte Jemand diese herrenlose Sache derelinquiren können? Nach dem eigentlichen Willen des Entwurfs sicher nicht. Es zeigt die Aufnahme dieses eigentlich römischen Satzes nur von einer andern Seite, welche Wirkung die bloße Form der Codification auf das materielle Recht hat.

Denn wäre genau derselbe Satz blos „incorporirt“, so stünde § 35 des Entwurfs völlig unschädlich unter den übrigen Sätzen. Man würde, wenn feststünde, daß der Gesetz-

geber diesen Satz blos „incorporiren" wollte, berechtigt sein, so zu schließen: Monstra und prodigia im Sinne der Römer giebt es nach unserm Stande der Naturwissenschaft nicht mehr, der Gesetzgeber hat diesen Satz der Römer aufgenommen, nicht um ihn neu zu beleben, sondern im Sinne seiner bisherigen Geltung. Die heutige Auffassung sagt aber, daß es monstra und prodigia im Sinne der Römer nicht mehr giebt, also hat dieser Satz, trotz seiner Aufnahme in das Gesetzbuch, keine rechtliche Bedeutung, weil ihn eben das Gesetzbuch nur in der bisherigen Geltung aufnehmen wollte.

Die „Codification" sagt aber: Wie das Recht dem Gesetzgeber erscheint, so soll es Recht sein. Dem Entwurfe war das römische „Wunderzeichen" (prodigium) eine „besonders qualificirte Mißgestalt". Für diese Ansicht und dieses Bewußtsein ist das Gesetz der normative Ausdruck, es ist diese subjective und momentane Anschauung des Gesetzgebers zum Gesetz geworden.

II. Die Codification in ihrem Verhältniß zur Praxis und Wissenschaft.

1. Das System im Ganzen.

§ 4.

a) Dessen Einfluß auf den Inhalt des Gesetzbuchs.

Zu den hauptsächlichsten Gründen, welche gerade für die Form der „Codification" angeführt worden sind, gehört als erster, und namentlich außerhalb des Kreises der Juristen hervorgehobener, das Bestreben das Recht „allgemeinverständlich" zu machen und als zweiter, die dem bisherigen Rechte anhaftende „Unsicherheit" zu heben.

Wir beginnen mit Betrachtung der ersten Beschwerde und müssen uns natürlich vor Allem über den Ausdruck „allgemeinverständlich" selbst verständigen. Soll dieß heißen: das ganze Gesetzbuch soll allen verständlich sein, oder nur: die einzelnen Normen sollen allen denen verständlich sein, die im concreten Falle sich darnach richten sollen? Der Unterschied liegt auf der Hand, wenn man sich z. B. ein Gesetz über Scontration denkt. Soll dieß auch

dem Bauer verständlich sein, oder genügt es, wenn es der Kaufmann versteht?

Ist das Recht der Wille des Staates, so liegt es in seiner Natur, nicht daß es Allen verständlich sei, aber wohl allen denen, die im concreten Falle sich darnach richten sollen, d. h. denen, an die dieser Wille in diesem Ausdruck im einzelnen Falle gerichtet ist. Die ganze Schwierigkeit würde also nur darin liegen, diesen Willen genügend deutlich auszusprechen. Insoweit berührt uns aber bei der gegenwärtigen Untersuchung die Frage, wie dieß zu erreichen sei, nicht, denn wir haben es hier nur mit den Mitteln zu thun, welche die Codificationsform zu diesem Zwecke bietet. Es sind dieß vorzugsweise drei: das System, der allgemeine Theil und die Definitionen.

Also zunächst das System, und wir beginnen, um Allgemeines über das System der Codificationen anzuschließen, mit den Aeußerungen über die Nothwendigkeit eines solchen in den Motiven des Entwurfs. Der Entwurf selbst hat sich bei seinem Systeme den gegenwärtig gebräuchlichen angeschlossen.

Lassen wir die Motive (S. 427) selbst reden:

„Es ist die Meinung verbreitet, daß für ein Civilgesetzbuch die systematische Anordnung etwas Unwesentliches sei, bei demselben vielmehr Alles darauf ankomme, daß es vollständig und verständlich gefaßt sei. Diese Meinung hat insofern eine gewisse Berechtigung, als gerade die hauptsächlichsten neuen Gesetz-

bücher auf das System keinen besondern Werth gelegt haben, ohne daß dieß ihrer Brauchbarkeit erheblich geschadet zu haben scheint. Indessen ergiebt eine nähere Betrachtung, daß sich die Sache doch etwas anders verhält. Läßt sich auch nicht gerade behaupten, daß die Vorzüglichkeit eines Gesetzbuchs lediglich von dem Systeme desselben abhänge, so nimmt doch unter den nothwendigen Bedingungen eines guten Gesetzbuches die systematische Anordnung eine vorzügliche Stellung ein. Denn sie liefert eines Theiles schon äußerlich den Beweis, daß das Gesetzbuch vollständig sei und nichts Wesentliches darin übergangen sein könne, gewährt aber auch anderes Theiles innerlich Bürgschaft dafür, daß die einzelnen Vorschriften in einem Zusammenhange mit einander stehen, namentlich aber Widersprüche unter denselben nicht vorkommen können".

Es berufen sich außerdem die Motive auf die dem ersten Entwurfe (S. XI.) vorausgeschickten Motive und machen sie so zu den ihrigen. Es heißt dort wörtlich:

„Wie sehr sich auch ein Gesetzbuch und Lehrbuch bei Verschiedenheit ihrer Tendenzen in ihrer Haltung und Ordnung unterscheiden müssen, so kann doch in einem Gesetzbuche eine systematische Ordnung weder an sich für die richtige Auffassung seines materiellen Inhaltes, welche oft durch seine Stellung bedingt wird, noch im Besonderen für den leichteren und bequemeren Gebrauch im practischen Leben entbehrt werden und es durften daher die neueren doctrinellen For-

schungen zur Aufstellung eines logischen und zweckmäßigen Systemes nicht unberücksichtigt bleiben".

Also „unter den nothwendigen Bedingungen eines guten Gesetzbuchs nimmt die systematische Anordnung eine vorzügliche Stelle ein". Wie verträgt sich zunächst dieser Satz mit dem kurz vorhergehenden, daß die Brauchbarkeit der neueren Gesetzbücher dadurch „nicht erheblich" verloren hat, daß sie auf das System keinen besondern Werth gelegt haben? Die „Brauchbarkeit" ist aber bei Allem, was angewendet werden soll, doch wohl unzweifelhaft das letzte und höchste Ziel. Die Güte jedes Gesetzbuchs wird also einzig und allein in seiner „Brauchbarkeit" bestehen. Wenn nun nach den Motiven die systematische Anordnung die „nothwendige" Bedingung eines guten Gesetzbuchs ist, so muß natürlich ein Gesetzbuch, dem sie fehlt nicht gut sein. Ist nun aber die „Brauchbarkeit" eines Gesetzbuchs das Kriterium von dessen „Güte", so muß die „systematische Anordnung" für die „Brauchbarkeit" des Gesetzbuchs gleichgültig sein, denn das Unsystematische eines Gesetzbuchs schadet der „Brauchbarkeit" desselben „nicht erheblich". Die systematische Anordnung kann also, da sie nur einen „nicht erheblichen" Schaden verbessert, hiernach selbst bei einem Gesetzbuche nicht erheblich sein.

Also welches sind die „nicht erheblichen" Vortheile der systematischen Anordnung eines Gesetzbuchs?

Die Motive geben diese Vortheile selbst an, und wenn

wirklich die „systematische Anordnung" diese Vortheile gewährt, so wird man schwerlich berechtigt sein, ihnen das Prädicat „nicht erheblicher" zu geben. — Sie sind im Einzelnen folgende:

1) Die systematische Anordnung liefert schon äußerlich den Beweis, daß das Gesetzbuch vollständig und nichts Wesentliches darin übergangen sei.

Wir müssen zunächst zu Gunsten dieser Aeußerung annehmen, daß hier „systematische Anordnung" = „System" sei, wenn dieser Satz nur einigermaßen gerechtfertigt werden soll. Also das System liefert schon „äußerlich" den Beweis, daß das Gesetzbuch vollständig sei, wenigstens im Wesentlichen.

Hier sind zwei Gedanken zulässig. Nämlich:

Zuerst entwarf man das System, machte ein Schema, nicht etwa des gegebenen Rechts wie es in Sachsen bisher gegolten oder von nun an gelten solle, sondern „des Rechts" in abstracto, nicht „der Rechte".

Alles, was den Character des Rechts an sich trägt, muß daher in diesem System seinen Platz finden können, und sollte daher später auch ein völlig neues Rechtsverhältniß sich erst bilden, auch dieß muß in diesem Systeme seinen Platz schon a priori haben, wenn auch für jetzt bei diesem Capitel noch ein „vacat" steht. Immer kommt man auch bei dieser Auslegung des Satzes der Motive nicht weiter, als

daß man bei der ihm günstigsten Interpretation nur sagen kann: Die systematische Anordnung liefert den Beweis, daß das System des Gesetzbuches auch neue Sätze ohne sich zu ändern aufnehmen kann, nicht aber, daß es auch alle selbst schon vorhandene wirklich aufgenommen hat.

Ob also die „systematische Anordnung“ vollständig in diesem Sinne, hinsichtlich des Rechts in abstracto wäre, das würde vielleicht schon jetzt ein Rechtsphilosoph entscheiden können, dagegen ob das Gesetzbuch vollständig ist das wird die Zeit lehren.

Ueberhaupt ist es mit der „Vollständigkeit“ eines Gesetzbuchs eine eigene Sache. Denn in gewissem Sinne ist auch das ärmste Gesetzbuch vollständig, wenn es nur selbst bestimmt und festsetzt, daß nichts Recht sei, was nicht seine Norm im Gesetzbuch habe. Es umfaßt dann eben alles Recht seines Staates. Daher kann das Recht dieses Staates ärmlich und unvollkommen sein, aber das Gesetzbuch dieses Staates ist dennoch, wenn es dieses ganze Recht umfaßt, vollständig. Da nun diese Vollständigkeit auch ohne jede systematische Anordnung möglich ist, so müssen die Motive eben eine der oben bezeichneten Arten der Vollständigkeit meinen, die durch systematische Anordnung garantirt sein soll.

Wenn dagegen von einem gegebenen, einem „concreten Rechte“, nicht vom „Rechte in abstracto“ die Rede ist, wie beim Entwurfe, kann ein System in diesem Sinne

nicht gemeint sein. Die Motive müssen daher ein Anderes gemeint haben, aber dieß liefert eben jenen Beweis der Vollständigkeit nicht.

Man hält nämlich ein System für „vollständig“, wenn eine gegebene Menge mannigfaltiger Gegenstände sämmtlich in ihrem Nebeneinanderbestehen und Aufeinanderfolgen in der Vorstellung zu einer Einheit erhoben werden. Daher kann man wohl sagen: „das System erweist seine Vollständigkeit dadurch, daß es alle gegebenen Einzelheiten in einer einheitlichen Vorstellung zusammenfaßt“. Aber niemals wird man mit den Motiven so schließen können: „Weil bestimmte Einzelheiten eine systematische Anordnung zugelassen haben, deßhalb sind keine wesentlichen ausgelassen“. — Denn jenachdem man von vielen oder wenigen Einzelheiten in der Vorstellung eine Einheit sucht, wird diese sehr verschieden ausfallen. Die Voraussetzung der Vollständigkeit eines Systems gegebener Einzelheiten ist natürlich: daß dem Systematisirenden alles Material vorgelegen habe, um eben Alles zu einer Einheit in der Vorstellung zu erheben, und nicht blos Einzelnes. Also, um dieß an einem andern Beispiel zu zeigen, wird man gewiß nicht sagen können: Weil Jemand Säugethiere „systematisch angeordnet“ hat, so ist damit schon „äußerlich“ der Beweis geliefert, daß seine Aufstellung vollständig sei, d. h. alle Säugethiere umfasse.

Daß aber die „systematische Anordnung“ auch in Wahrheit dieses Ziel der absoluten Vollständigkeit nicht erreicht,

mag durch ein Beispiel aus dem Entwurfe selbst bewiesen werden. Im § 1843 heißt es:

„Alles, was ein in väterlicher Gewalt stehendes Kind durch selbständige Arbeiten, Dienste oder Kunstfertigkeiten erwirbt ist sein Eigenthum“.

Ist nun der Satz der Motive richtig, daß eine „systematische Anordnung“ die Vollständigkeit verbürgt, so muß in dem systematisch angeordneten Gesetzbuche auch Alles normirt sein, also auch der Fall, daß das in väterlicher Gewalt stehende Kind Erwerb anderer Art macht, als den in § 1843 aufgezählten, also z. B. durch Schenkung, Legat ꝛc. Daß diese Art des Erwerbes kein durch Arbeit, Dienste oder Kunstfertigkeit gemachter ist, versteht sich von selbst. Ist auch das so Erworbene Eigenthum des Kindes, zu was dann jene Arten des Erwerbs hervorheben? Soll aber für den Erwerb durch Schenkung u. dergl. etwas Anderes gelten, als für den durch Arbeit, Dienste und Kunstfertigkeiten gemachten, was gilt dann? Die blos „systematische Anordnung“ löst diese Frage nicht, es ist ein Fall eben unnormirt geblieben, trotzdem daß diese nach den Motiven die „Vollständigkeit“ des Gesetzbuches verbürgen soll.

Die Motive sagen ferner:

2) Die systematische Anordnung gewährt innerlich Bürgschaft dafür, daß die einzelnen Vorschriften in einem Zusammenhange mit einander

stehen, namentlich aber Widersprüche nicht vorkommen können.

Also zunächst gewährt die systematische Anordnung „innerlich“ Bürgschaft dafür, daß die einzelnen Vorschriften in einem Zusammenhange mit einander stehen. In welchem Zusammenhange? In einem äußeren oder inneren? Da die systematische Anordnung „innerlich“ Bürgschaft gewährt, so nehmen wir einstweilen an, daß diese Bürgschaft gewährt sei für den „inneren“ Zusammenhang der einzelnen Vorschriften, denn ein „äußerer“ würde sich auch ohne jedes System herstellen lassen.

So ganz unzweifelhaft, wie die Motive glauben, möchte diese Folge der systematischen Anordnung doch nicht sein. Wir wählen als Beispiel § 1820 und 1823 des Entwurfs, wo uns trotz der systematischen Anordnung der innere Zusammenhang mindestens nicht erkennbar wird. In § 1820 findet sich die ganz allgemeine Bestimmung:

„Die Annahme an Kindesstatt kann nur durch einen vor Gericht geschlossenen und vom Landesherrn des Annehmenden genehmigten Vertrag erfolgen“.

Daß diese „Annahme an Kindesstatt“ mit der Adoption nicht zusammenhängt, ergiebt der gewählte Ausdruck, der jeden Gedanken an Erwerb der „väterlichen Gewalt“ von vornherein ausschließt. Wir würden daher nach § 1820 unbedenklich die „Annahme an Kindesstatt“ auch Frauen und überhaupt Jedem gestatten, der nach § 1824 das funfzigste

Lebensjahr erfüllt hat und wenigstens zehn Jahre älter ist, als der Anzunehmende. Wer fähig oder unfähig ist, ist nicht besonders gesagt, wir müssen also annehmen Jeder und Jede, bei der sich jene Voraussetzungen finden. Nun folgt aber § 1823:

„Außereheliche Väter können ihre außerehelichen Kinder an Kindesstatt annehmen".

Wenn dieser Satz sich auch nicht im Entwurfe fände, wir würden diese Möglichkeit, daß der außereheliche Vater sein außereheliches Kind „an Kindesstatt" annehmen könne, schon aus § 1820 herleiten. Nun stehen aber nach den Motiven in Folge der systematischen Anordnung die einzelnen Sätze in einem (sc. inneren) Zusammenhange. Hiernach würde man schließen müssen, daß im § 1820 und 1821 die Form dieses Vertrages angegeben sei, und im § 1823 diejenigen Personen bestimmt würden, welche unter dieser Form zur Annahme an Kindesstatt berechtigt wären, d. h. außereheliche Väter und Niemand weiter. Im § 1826 ist aber von den „Eltern" des Anzunehmenden und „deren" Einwilligung die Rede, also einem Falle, wo nicht von einem „außerehelichen Vater" die Rede sein kann. Welche Bedeutung hat also in einer „Codification", außer welcher es überhaupt kein anderes Recht mehr giebt, die besondere Erwähnung, daß außereheliche Väter ihre außerehelichen Kinder an Kindesstatt annehmen können?

Wäre „incorporirt", so würde man befugt sein anzuneh-

men, daß hierin eine Aufhebung des Justinianeischen Verbots der Arrogation von Concubinenkindern liege. Allein der Entwurf als „Codification“ kennt diese alten Verhältnisse überhaupt nicht mehr, er kennt nur eine „Annahme an Kindesstatt“, und folglich ist die Bedeutung der Bestimmung in § 1823 und der Zusammenhang dieses Paragraphen mit § 1820 aus dem Codex, dem Entwurfe, selbst zu entnehmen, und die eben aufgeworfene Frage bleibt eben noch zu lösen trotz der „systematischen Anordnung“.

Der zweite Vortheil der systematischen Anordnung ist nun nach den Motiven der, daß „Widersprüche nicht vorkommen können“.

Also jede „systematische Anordnung“ giebt diese Bürgschaft? Und dieses einfache Mittel alle Widersprüche gänzlich zu vermeiden haben sich die früheren Codificationen entgehen lassen? Man sollte meinen, was schon von jeder „systematischen Anordnung“ gelte, müßte in noch höherem Grade von jedem wirklichen „Systeme“ gelten. Und doch, wie viele Systeme sind an ihren eigenen Widersprüchen gescheitert!

Wir geben gern zu, daß dieß fehlerhafte, mangelhafte Systeme waren, aber den Anspruch „Systeme“ zu sein, machten sie mit demselben Rechte wie der Entwurf: sie behaupteten Systeme zu sein. Soll also der Satz der Motive sich nur einigermaßen rechtfertigen, so ist die Prämisse keine andere, als daß die systematische Anordnung des Entwurfs

ein absolut vollkommenes „System" sei. Wer aber weiß, wie noch bis zum heutigen Tage die Wissenschaft immer noch im Ausbau des Systems nicht allein des römischen, sondern auch des deutschen Rechts begriffen ist, wird bei aller Anerkennung der systematischen Anordnung des Entwurfs doch einen Zweifel nicht unterdrücken können. Es ist dieß der Zweifel, ob das, was bei jedem einzelnen dieser Rechte noch nicht gelungen ist, bei einer Combination beider auf den ersten Wurf gelungen sein möchte.

b) In der practischen Anwendung.

§ 5.

α) Der Juristen.

Vor Allem bedeutend und von weitreichendem Interesse ist aber der schon in den Motiven zum ersten Entwurfe für die „systematische Anordnung" der Gesetzbücher geltend gemachte Grund. (Vergl. oben S. 33.)

Es soll also für den „leichteren und bequemeren Gebrauch im practischen Leben" eine systematische Ordnung „nicht entbehrt" werden können.

Verständigen wir uns zunächst darüber, was der „Gebrauch im practischen Leben" heißen kann. In Beziehung auf das Recht kann dieß ebensowohl heißen „für den Gebrauch der Practiker", d. h. derer, deren Lebensaufgabe es ist, das Recht „practisch" anzuwenden, als auch für den Gebrauch derer, die ohne zu dieser Classe zu gehören, mit dem Recht

„practisch" in Berührung kommen. Da die Motive nicht aussprechen, welchen von Beiden durch die systematische Ordnung des Gesetzbuchs der Gebrauch erleichtert werden soll, so müssen wir annehmen: Beiden.

Rücksichtlich der ersteren, der eigentlichen so genannten Practiker, wird dieser Satz unter einer gewissen Reserve zugegeben werden können. Er kann zugegeben werden zunächst insofern, als in einem Codex, wie ihn z. B. der Entwurf bietet, das bisher zerstreute Quellenmaterial seinem Inhalte nach räumlich concentrirt wird, ein Umstand, der freilich von der systematischen Ordnung nicht abhängt. Es ist ferner zuzugeben, daß, so lange unsere Juristen noch nach den bisherigen Systemen ausgebildet werden, diese sich im Systeme des Codex leicht zurecht finden werden, wenn dem Codex das bisher gebräuchliche System zu Grunde gelegt ist. Schwieriger würde dieß freilich werden, wenn dieses selbst als veraltet von der Lehre und Wissenschaft bei Seite gelegt würde. Man braucht, um sich diese Möglichkeit zu vergegenwärtigen, sich nur zu fragen, ob, nach Aufkommen des „natürlichen Systems" in der Botanik, der im „Linnéischen" Bewanderte schon deßhalb sich auch in jenem bewandert fühlen würde.

Aber liegt, müssen wir fragen, wirklich bei der Rechtsanwendung für den Practiker die Schwierigkeit bei unsern gegenwärtigen Hülfsmitteln wesentlich in jenen beiden Uebelständen, die allerdings die Codification aufhebt?

In den wenigsten Fällen wird — ich setze immer unsere Hülfsmittel voraus — die Schwierigkeit darin liegen, für den richtig erkannten Fall, für das in seine einzelnen Momente schon aufgelöste Verhältniß des Lebens, den darauf anzuwendenden Rechtssatz zu finden, sondern in den bei weitem meisten Fällen in dem richtigen Erkennen und Zerlegen des zur Entscheidung kommenden Verhältnisses, des Falles in seinem rechtlichen Bestande. Selbst das gewöhnliche Leben spricht mit vollkommen richtigem Tacte, wenn es eine juristisch schwierige Frage bezeichnen will, nicht von der Schwierigkeit des Rechtssatzes, sondern nur von der des Rechtsfalles. Eben so spricht man unzähligemal von einem verwickelten Rechtsfalle, höchst selten aber von einem verwickelten Rechtssatze. So liegt z. B. die Schwierigkeit des bekannten Falles „Frater a fratre" nicht in den anzuwendenden Gesetzen, sondern in der Complication des Falles, und es würde — die Gleichheit des normativen Inhalts im Gesetzbuche vorausgesetzt — keine systematische Ordnung eines Gesetzbuchs diesen Fall leichter entscheidbar machen.

Die Lösung derartiger practischer Schwierigkeiten durch systematische Ordnung kann deßhalb nicht die Aufgabe der Gesetzgebung sein, weil sie mit diesem Mittel außer Stande ist, sie zu heben. Denn man kann gern zugestehen, daß unter Umständen die Stellung eines Gesetzes unter einer bestimmten Gruppe anderer Gesetze, und vielleicht in noch hö-

herem Grade bei einer systematischen Anordnung des Gesetzbuchs, für die Erklärung dieses Gesetzes von Bedeutung sein kann, aber niemals wird diese systematische Anordnung im Stande sein, die Lösung der Complication des Rechtsverhältnisses zu erleichtern.

Dazu kommt aber ferner, daß die systematische Thätigkeit nicht eine des Gesetzgebers, sondern eine der Wissenschaft ist, und dadurch selbst die Bedeutung der Stellung eines Gesetzes im gesetzgeberischen Systeme wesentlich abgeschwächt wird. Denn wenn es wissenschaftlich nachweisbar ist, daß im Systeme des Gesetzgebers ein Gesetz „systematisch" am falschen Orte steht, so wird und muß die Wissenschaft dieß Gesetz von seinem Platze verweisen und an den richtigen stellen. Also die ganze Bedeutung der systematischen Ordnung des Gesetzbuchs wird sich in Vergleich mit jeder andern Ordnung für den Inhalt des Gesetzes darauf reduciren, daß man bei Erklärung des Gesetzes auch auf den Umstand Rücksicht nimmt, daß der Gesetzgeber systematisiren wollte, nicht aber auf sein System selbst.

Ist es nun richtig, daß die Complicationen eines gegebenen Falles zu lösen, die vorzugsweise schwierigste Aufgabe des Practikers ist, so kann man noch weiter gehen und behaupten, daß die Form der „Codification" sogar noch eine neue Schwierigkeit hinzufügt, indem sie die Auslegung des Rechtssatzes erschwert. Denn, wie schon wiederholt gesagt ist, die Codification ist ihrer Natur nach Schaffung eines

völlig neuen Rechts, und somit ist der Auslegung ihrer Rechtssätze eines der wesentlichsten Hülfsmittel entzogen, die historische Thätigkeit. Denn daß jede irgend tiefere Einsicht in das Wesen irgend eines Rechts ohne Eingehen auf seine Geschichte unmöglich ist, ist ein Satz, den man nur auszusprechen fast für überflüssig hält. Und doch, was sagen die Motive (S. 470) zu diesem Satze?

„Eine zweite nachtheilige Folge der historischen Ansicht der Rechtswissenschaft ist die, daß das Recht ausschließliches Eigenthum der Gelehrten geworden ist".

Also wirklich ist bis auf den heutigen Tag das Recht ausschließliches Eigenthum der „Gelehrten" gewesen? Könnte man wirklich nach dieser Aeußerung der Motive die Geschichte unseres heutigen Rechts in folgende Perioden eintheilen? Erste Periode: Von den Urzuständen des Rechts bis auf die historische Ansicht der Rechtswissenschaft oder von der Zeit der naiven Auffassung und Anwendung des Rechts bis zur ausschließlichen Occupation des Rechts durch die Gelehrten; zweite Periode: Von der historischen Ansicht der Rechtswissenschaft, d. h. von dem Zeitpunkte an, wo das Recht ausschließliches Eigenthum der Gelehrten geworden ist, bis zum Entwurfe, und endlich: dritte Periode: Vom Entwurfe oder der Vertheilung dieses ausschließlichen Eigenthums bis in die Zukunft.

Man möchte geneigt sein, dieß für scherzhafte Uebertreibung zu halten, aber man höre weiter. Nach den Motiven

wird diese Anschauung durch folgende Argumentation erwiesen:

„Die historische Bearbeitung des römischen Rechts" — was hier zunächst von dieser gesagt ist, ist als allgemeiner Satz hingestellt und gilt natürlich von jeder „historischen Bearbeitung" — „beruht auf der Vorstellung, daß das Recht blos dann richtig erkannt und in seinem innern Wesen begriffen werden kann, wenn man auf dessen Entstehung zurückgeht, und dessen Entwicklungsgang verfolgt". Steht schon diese ganze Auffassung dem Leben fern, so ergiebt sich aus derselben die dem Leben noch ferner liegende Folge, daß blos das als Recht anerkannt werden kann, von dem nachgewiesen wird, wie es entstanden ist und daß es sich so, wie behauptet wird, (soll wohl heißen „wie erwiesen wurde") geschichtlich ausgebildet hat.

Wir wollen diese Sätze nur auf den Entwurf selbst anwenden. Soll nach dem Gesichtspunkte der Motive bei dem Entwurfe nicht gefragt werden, unter welchen historisch gegebenen Verhältnissen ein bestimmter Satz im Entwurfe entstanden sei? Oder bleiben seit dem Erscheinen des Entwurfs alle Verhältnisse in Ewigkeit unverändert? Fast scheint es, als ob nach den Motiven die Geschichte mit dem Entwurfe aufhörte.

Aber das Unglaublichste ist die Anwendung dieser antihistorischen Anschauung auf die Resultate der historischen Erforschung in Sachsen. Die Motive fahren fort:

„Die historische Erforschung des Rechts ist blos den Ge-

lehrten möglich, und das Recht, als Product der Vergangenheit, kann blos durch gelehrte Deductionen bewiesen werden. In ihrer Uebertragung auf die Rechtspflege in den Ländern des gemeinen Rechts muß sich diese Ansicht so gestalten, daß eine Entscheidung, welche auf römisches Recht basirt wird, nur durch gelehrte historische Gründe gerechtfertigt werden kann, und so hat sie sich auch wirklich in Sachsen gestaltet. Nur zu oft muß der Richter die schmerzliche Bemerkung machen, daß die Klagen über unpractische Entscheidungen desto allgemeiner und dringender werden, je mehr Sorgfalt auf die Ausarbeitung der Entscheidungsgründe verwendet worden ist".

Welche Sätze! Also Alles, was zur Erforschung des Rechts nur durch Gelehrsamkeit erreicht werden kann, ist schon deßhalb verwerflich? So schlimm meinen es nun allerdings die Motive nicht, denn S. 471 soll sogar das im Entwurfe aufgenommen und Gebrauch davon gemacht werden, was zwar „die einseitige historische Ansicht in der Wissenschaft geliefert hat, aber doch als wahrer Fortschritt der Wissenschaft anzuerkennen ist". Also so ganz nutzlos sind einige historische Untersuchungen doch nicht gewesen! Aber welche „schmerzliche" Erfahrung hat man in Sachsen gemacht! Jedes Urtheil, jede Entscheidung, die in Sachsen auf römisches Recht basirt war, konnte „nur durch gelehrte historische Gründe gerechtfertigt werden". Also bei Entscheidungen über Kauf, Miethe, Mandat u. s. w. fanden sich in den Entscheidungsgründen immer „gelehrte

historische Gründe"? Wie Schade, daß diese „gelehrten historischen Gründe" so nutzlos für die Wissenschaft in den Acten vergraben liegen!

Und nun gar: „je mehr Sorgfalt auf die Ausarbeitung der Entscheidungsgründe verwendet wurde, desto allgemeiner und dringender wurden die Klagen über unpractische Entscheidungen". Wenn die „Entscheidung" practisch war, so kann diese doch unmöglich durch „die Ausarbeitung der Entscheidungsgründe" unpractisch geworden sein. Bisher hielt man in den Ländern des gemeinen Rechts dafür, daß dieses gemeine und namentlich römische Recht gerade in Sachsen recht practisch zur Anwendung käme, und die veröffentlichten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts haben nach der allgemeinen Ansicht nichts weniger als den Vorwurf verdient, daß sie „unpractisch" seien. Wie sie nun durch die Ausarbeitung der Entscheidungsgründe unpractisch geworden sind, ist wenigstens außerhalb Sachsens nicht einzusehen. Aber der Hauptfehler ist bei diesen Entscheidungsgründen nach den Motiven „die Sorgfalt", mit der sie ausgearbeitet sind. Wenn dieß ein Fehler ist, so wird bei der Gewissenhaftigkeit der sächsischen Gerichte dieser Fehler schwerlich durch die neue Codification gehoben werden.

Doch, kehren wir nach diesem Excurse auf das eigentliche Thema zurück.

Wir sagten, durch „Codification" werde, mindestens

für die ersten Jahrzehnte, eins der wichtigsten Mittel der Auslegung der Gesetze, die historische Thätigkeit des Interpreten, aufgehoben, und so dem „Practiker", weil ihm die Wissenschaft von dieser Seite nicht zu Hülfe kommen kann, die Anwendung des Rechts nicht erleichtert, sondern erschwert. (S. 45.)

Die geschichtliche Entwicklung des bisher geltenden Rechts beruhte auf dessen Quellen, und Recht war, was sich geschichtlich aus diesen entwickelt hatte. Nun will zwar die Codification kein neues bisher unerhörtes Recht einführen, wie die Motive (S. 477) selbst zugeben. Man will nach der Aeußerung der Motive: „an die Stelle einer großen ungeordneten Masse, welche den glücklichsten Finder zum besten Juristen macht, ein systematisch geordnetes, bestimmtes Ganzes setzen".

Auch hier wieder malen die Motive den alten Rechtszustand sichtlich grau in Grau, um die Nothwendigkeit einer Codification desto heller aus diesem dunkeln Hintergrunde hervortreten zu lassen. Denn wenn auch dem Verfasser der Motive unser bisheriges Recht als eine „große ungeordnete Masse" erschienen ist, bei welcher der Zufall des „glücklichen" Findens unsere großen Juristen zu dem gemacht hat, für was sie gelten, und er deßhalb ihre Verdienste nicht höher anschlägt, als die eines glücklichen Spielers, so mag ihm hierin die kenntnißlose Masse beistimmen, aber sicher Niemand, der in dem Rechte mehr sieht, als ein Convolut Gesetze mit einem passenden Register.

Aber wenn man auch diese Expectorationen blos dem Verfasser der Motive auf seine Rechnung setzen muß, so bleibt nach Abzug dieser doch der Satz übrig, daß man beim Entwurfe den Inhalt des bisherigen Rechts im Wesentlichen nicht ändern wollte. Wäre dieß bei der „Codification" möglich gewesen, so würde durch ein „systematisch geordnetes Gesetzbuch" der Praxis eine Erleichterung geschafft worden sein, ohngefähr wie durch eine Chrestomathie der Beweisstellen bei einem Lehrbuche, und die wissenschaftlichen Untersuchungen der früheren und neuesten Zeit wären ihr vollständig zu Gute gekommen. Allein es ist bei der „Codification", wie schon bemerkt, nicht das bisherige Recht aufgenommen in seinem objectiv wahren Gehalt, sondern nur so, wie sich dieser Gehalt subjectiv in der Auffassung des Gesetzgebers abspiegelte. Und wer möchte zu behaupten wagen, daß der „codificirende" Gesetzgeber diesen objectiv wahren Gehalt des gesammten Privatrechts in seinen tausend und aber tausend ausgesprochenen oder latenten Beziehungen vollständig erkannt und den erkannten auch conform und vollständig wiedergegeben habe?

Die Hoffnung, die die Motive (S. 477) äußern, ist daher trügerisch, wenn sie auf mehr geht, als auf sächsische Wissenschaft und sächsische Praxis. Sie sagen nämlich: „Das bürgerliche Gesetzbuch werde der Fortbildung und Vervollkommnung bedürftig sein; hierbei würden Wissenschaft und Praxis einen wichtigen Einfluß äußern können". Denn aus

welchem Interesse sollte die „deutsche“ Wissenschaft sich damit beschäftigen, das gemeine Recht in der „subjectiven Auffassung“ der „sächsischen“ Legislatoren fortzubilden und zu vervollkommnen? Im günstigsten Falle doch nur im litterar-historischen Interesse, um die Auffassung des gemeinen Rechts in einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Orte zu constatiren.

Die Praxis wird also rein und allein auf die neue Quelle verwiesen sein.

Wie sich dieß hinsichtlich des „Systems“ verhält, wird sich am besten durch ein Beispiel aus dem Entwurfe selbst ergeben, und wir wählen zu diesem Zwecke die Bestimmungen des Entwurfs über den Besitz.

Der zweite Theil des Entwurfs enthält unter andern auch das Sachenrecht, und die erste Abtheilung dieses Theiles führt die Ueberschrift: Von dem Besitze der Sachen.

Gesetzt nun wir haben zu prüfen, was nach dem Entwurfe „Besitz“ sei, so werden wir dieß nur aus dem Entwurfe, nicht aus den bisherigen Bestimmungen darüber zu entwickeln haben. Die „systematische Anordnung“ soll aber nach den Motiven den Gebrauch des Gesetzbuchs bequemer und leichter machen. Es soll namentlich der Platz, der einer Bestimmung im Systeme angewiesen ist, diesen Gebrauch erleichtern. Nun steht der „Besitz“ im Systeme des Entwurfs unter dem Genus „Sachenrecht“. Er ist folglich nicht mehr

wie bisher eine thatsächliche Macht (ein „posse“), sondern eine Befugniß (ein „licere“). Nach § 195 des Entwurfs ist aber ebenfalls die Grundlage des Besitzes das „Innehaben“, und dieses soll nach diesem Paragraph „die thatsächliche Macht“ über eine Sache sein, also ein „posse“. Dieses „Innehaben“ wird dann nach demselben Paragraphen zum „Besitz“, wenn der Wille hinzukommt „an dieser Sache Eigenthum auszuüben“. Hiernach wird man schließen, daß auch der „Besitz“ des Entwurfs ein Recht aus dem Innehaben einer Sache, also nicht ein unmittelbares Vermögens- d. h. Sachenrecht, mit andern Worten kein Recht an einer Sache sei.

Man wird daher aus dieser Stellung des „Besitzes“ unter die „Sachenrechte“ schließen müssen, daß der Entwurf die „Sachenrechte“ in einer andern und weitern Bedeutung auffaßt, als dieß bisher der Fall war. Denn das „Sachenrecht“ des Entwurfs umfaßt nicht allein die Rechte an Sachen, sondern auch die aus Sachen.

§ 6.

β) Der Nicht-Juristen.

Wenn die „Codification“ bei einer systematischen Anordnung, bei Aufstellung eines Systems keinen weitern Zweck verfolgte, als den der Erleichterung für Juristen von Fach, und diesen Zweck durch ihr System nicht erreicht,

oder wenigstens nicht in dem beabsichtigten Umfange, so würden die Nicht-Juristen wenig oder gar nicht von diesem Uebelstande berührt werden, die Anwendung wäre eben nur für Richter und Anwälte eine schwierigere geworden.

Allein jede Codification hat den weitern und namentlich heutiges Tags hervorgehobenen Zweck: das zum Bewußtsein der Gegenwart gebrachte Recht auch über die Kreise der Juristen hinaus zu einem verständlichen und handlichen zu machen[5].

Ist nun für die Erreichung dieses Zweckes, fragen wir, die „systematische“ Anordnung das rechte Mittel? Wer wird durch die systematische Stellung eines Rechtssatzes in den Stand gesetzt, den Rechtssatz für ein in Frage kommendes Verhältniß zu finden, sich über sein Recht zu instruiren? Natürlich doch nur der, der das „System“ kennt, dem das Mannichfaltige in dieser Einheit zum Bewußtsein gekommen ist. Also nur der, dem das Recht in dieser wissenschaftlichen Form zur Kenntniß gekommen ist.

Practisch brauchbar ist demnach ein systematisches Civilgesetzbuch nur dem, der im System bewandert ist, nimmermehr aber dem, dem das „System“ unbekannt ist. Um solchen ein Gesetzbuch practisch brauchbar zu machen, wird allerdings auch eine „Anordnung“ der Gesetze nöthig sein,

---

5. Ein Zweck, der unter Anderm einzig und allein die sonst so bedenkliche Verbannung der termini technici entschuldigen kann.

nur aber keine „systematische“. Aber welcher Art soll denn diese Anordnung sein?

Wir antworten: Eine „practische“, d. h. eine Anordnung, die nicht die Kenntniß des Systems, sondern nur die Kenntniß der concret in Frage kommenden Lebensverhältnisse und des Verkehrs voraussetzt. Eine Anordnung, die sich dieses Ziel setzte, würde allerdings keine systematische, wohl aber eine practische sein. Für das eine Bedürfniß ist eben eine andere Anordnung nöthig, als für das andere. Will man also das Recht als eine Domaine der Juristen behandeln, dann ist die systematische vielleicht am Platze, soll es Gemeingut Aller sein, so ist sie nicht die passende.

Es sei uns gestattet, bevor wir näher auf die Frage eingehen, an einem Beispiele des täglichen Lebens diesen Unterschied zu zeigen.

Man denke sich einen botanischen Garten, der zugleich auch Handelsgarten wäre. Gesetzt nun der Verwalter desselben machte Cataloge zum Zwecke des Verkaufs seiner Pflanzen. Würde in diesen Catalogen wohl zweckmäßig eine und dieselbe Anordnung für Botaniker von Fach und für das übrige Publicum zu machen sein? Man urtheile selbst.

Für „den leichteren und bequemeren Gebrauch im practischen Leben“ (Motive S. 427 Anm.) ordnet der Verfasser des Catalogs die Pflanzen nach ihrer „systematischen Ordnung“, und wählt, um diesen „Gebrauch im practischen Leben“ recht zu erleichtern, das „natürliche System“ der

Pflanzen für seine systematische Anordnung. Der Catalog wird publicirt und versendet. Ein Gutsbesitzer, dem er zugesendet, wünscht Maulbeerbäume, Zwetschenbäume und Johannisbeersträuche aus dem Garten zu kaufen, und will im Cataloge nach dem Preise derselben sehen. Er hofft, sich sogleich im Cataloge finden zu können, denn in der Vorrede ist ausdrücklich bemerkt, daß zum leichtern und bequemeren Gebrauch im practischen Leben der Catalog „systematisch“ angeordnet sei. Wo werden also die „Bäume und Beeren“ nach dem Systeme zu suchen sein? Er sucht vergeblich, und fragt deßhalb einen Botaniker um Rath, der als Kenner des „Systems“ ihm sogleich den Rath giebt, seine „Maulbeerbäume“ unter der Familie der „Nesseln, Urticeae“, seine „Zwetschenbäume“ unter der Familie der Rosen (Rosaceae) und seine „Johannisbeersträuche“ unter den Cacteen aufzusuchen. Hätte der Catalog vielleicht nun eine andere „Ordnung“ gehabt, etwa so: Obstbäume, Beerenobst, Ziersträucher, Gemüse, Blumen 2c., so könnte man, wie mir scheinen will, mit Recht sagen: der Catalog habe in Wahrheit eine Anordnung, die dessen „Gebrauch im practischen Leben leichter und bequemer“ mache, während die „systematische Anordnung“ diesen Zweck nicht erfüllte.

Sollte nun wirklich bei einem „Gesetzbuche“ und dessen „systematischer Anordnung“ der Gesichtspunkt ein so wesentlich verschiedener sein, als bei dem eben angeführten Beispiele?

Das practische Leben und der Verkehr wissen nicht, unter welches Genus von Rechten — in welche „Familie von Rechten" könnte man sagen, um bei dem obigen Beispiel anzuknüpfen — das oder jenes einzelne Recht oder Rechtsverhältniß gehört. Dem Leben und Verkehr tritt eine Thatsache, ein bestimmter Vorgang entgegen, und der Einzelne will nur wissen, welche rechtliche Folgen sich daran knüpfen. Er findet was er bedarf, wenn die Ordnung des Gesetzbuchs an diesen Vorgängen anknüpft, er findet dieß nicht, wenn bei ihm schon die Kenntniß des Systems vorausgesetzt werden muß.

Die Aufgabe also, die ein Gesetzbuch zu lösen hat, dem es darum zu thun ist, im practischen Leben leicht und bequem angewendet zu werden, kann demnach nicht durch eine „systematische Anordnung" gelöst werden. Die uns zu diesem Zwecke zu lösende Aufgabe wäre vielmehr: eine „practische Anordnung" des Gesetzbuchs zu finden. Daß sich dabei hier und da Wiederholungen nöthig machen würden, dürfte kein erheblicher Nachtheil sein, jenem Vortheile der practischen Brauchbarkeit gegenüber. Die Wissenschaft würde daneben völlig unbehindert das ihr zusagende System für Lehre und Praxis finden und geltend machen. Sie würde durch diese practische Anordnung nicht gehindert, aber der rechtliche Verkehr im practischen Leben, wenigstens so weit jetzt noch das Recht Gemeingut Aller sein kann, wesentlich erleichtert.

Es liegt nicht in dem Gebiete der hier zu führenden Untersuchung, die nur die Wirkungen der Codificationsform auf das materielle Recht näher prüfen will, und dabei auf die systematische Anordnung der Codification geführt wurde, etwas Anderes, eine nicht-systematische Anordnung aufzustellen und deren Wirkungen zu untersuchen. Aber als Resultat wird sich doch so viel aus dem eben Deducirten ergeben, daß, wenn die Legislation die Absicht hat, für das practische Leben ein Gesetzbuch zu schaffen, es unzweifelhaft die Aufgabe der Legislatoren sein wird, eine practische Anordnung der Gesetze und nicht eine systematische zu suchen.

2. Die einzelnen Theile des Systems.

§ 7.

a) Der s. g. allgemeine Theil.

Die „systematische Anordnung" eines Gesetzbuchs bringt mit einer gewissen Nothwendigkeit zwei Momente in das Gesetzbuch, die beide nicht blos fehlen können, sondern auch fehlen sollten. Ich meine den s. g. allgemeinen Theil des Gesetzbuchs und die Definitionen.

Betrachten wir zuerst diesen s. g. allgemeinen Theil und seine Bedeutung für ein Gesetzbuch.

Da die Aufstellung eines Systems eine wissenschaftliche, aber nicht eine legislatorische Thätigkeit ist, so wird die Gesetzgebung nicht blos für die Rechtfertigung ihres

Systems im Ganzen nur wissenschaftliche Gründe anführen müssen, sondern auch für die einzelnen Theile des Gesetzbuchs, die ihren Grund allein in der systematischen Anordnung desselben haben. Es wird daher auch bei der neuesten Codification nicht befremden, wenn die Motive (S. 445) zur Rechtfertigung des s. g. allgemeinen Theiles im Entwurfe sich auf die erste Autorität unseres Zeitalters, auf Savigny[6] berufen. Allein leider sind die Motive den Beweis schuldig geblieben, daß das, was diese Autorität dort von der Wissenschaft und deren Bedürfnissen sagt, auch dieselbe Autorität von der Gesetzgebung und deren Bedürfnissen gesagt haben würde. Wir können also, ohne mit einer solchen Autorität in Widerspruch zu gerathen, die Gründe der Motive nach ihrem eigentlichen Gehalte völlig unbefangen prüfen.

In den Motiven (S. 443) wird es als ein besonderer Vorzug dieser neuesten Codification den älteren gegenüber hervorgehoben, daß sich bei ihr ein besonders ausführlicher allgemeiner Theil finde. Zunächst thun wohl hier die Motive den älteren Codificationen Unrecht, das, was sich in diesen unter der Ueberschrift „Einleitung" findet, als „allgemeinen Theil" derselben aufzufassen. Denn Alles, was sich in diesen „Einleitungen" findet, sind ganz einfach die Normen über Voraussetzungen und Wirkungen der Gesetze, also nichts

---

6. v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. Bd. I. S. 390 ff.

weniger als ein „allgemeiner Theil", sondern specielle Bestimmungen über ein specielles Object: das Gesetz.

Die Motive (S. 444) sagen nun über den „allgemeinen Theil" und dessen Nothwendigkeit Folgendes:

„Wenn ein Civilgesetzbuch, wie das gegenwärtige, systematisch bearbeitet ist, so sprechen für einen sogenannten allgemeinen Theil desselben alle die Gründe, welche gewöhnlich dafür geltend gemacht werden, daß bei Aufstellung eines Rechtssystemes ein allgemeiner Theil nicht wohl zu entbehren ist".

Es werden dann im weiteren Verlaufe dieser Beweisführung von den Motiven im Wesentlichen die Gründe Savigny's für einen allgemeinen Theil des Rechtssystemes aufgeführt. Wie wenig diese für einen allgemeinen Theil bei der wissenschaftlichen Bearbeitung von Savigny aufgezählten Gründe auf ein Gesetzbuch passen, wird sich bei näherer Prüfung von selbst ergeben.

Zunächst — um dieß beiläufig zu bemerken — ist die Vertheidigung des „allgemeinen Theils" in einem Gesetzbuche auf eine bedenkliche Weise geführt. Denn wenn die Motive sagen, bei einem systematisch bearbeiteten Gesetzbuche sei ein „allgemeiner Theil" nicht wohl entbehrlich, so würde argumento e contrario folgen, daß er bei einem nicht-systematisch bearbeiteten entbehrlich sei. „Brauchbar" sind aber, wie die Geschichte zeigt, auch diese Gesetzbücher, und sie hätten somit den Vorzug brauchbar zu sein,

ohne allgemeinen Theil, und erreichten also ihren Hauptzweck auf einem kürzeren und einfacheren Wege.

Wenn jedoch die systematische Anordnung wirklich die Vorzüge hätte, welche die Motive ihr zuschreiben, so könnte man sich den dadurch herbeigeführten Uebelstand eines „allgemeinen Theiles" wohl gefallen lassen. Hat sie aber, wie zu zeigen versucht wurde, diese Vorzüge nicht, so fragt sich, ob denn der „allgemeine Theil" vielleicht sie ersetze.

Die Motive mögen bei dem Schlusse, daß das, was wissenschaftlich gerechtfertigt sein mag, deßhalb auch zugleich gesetzgeberisch zu rechtfertigen sei, selbst bedenklich geworden sein. Sie sagen ein „sogenannter" allgemeiner Theil sei „nicht wohl zu entbehren". Was ist nun zuvörderst ein „sogenannter" allgemeiner Theil? Doch offenbar Etwas, was eigentlich nicht genau durch den Ausdruck „allgemeiner Theil" bezeichnet ist. Um so schwieriger wird schon hiernach derjenige, der das System nicht kennt, dasjenige finden, was in einem „sogenannten" allgemeinen Theile zu finden ist, denn mindestens muß er wissen, was die Wissenschaft eigentlich mit diesem Ausdrucke bezeichnet, um zu errathen, was im Gesetzbuch mit diesem hier nur uneigentlich gebrauchten Worte zusammengefaßt sein soll.

In der Wissenschaft wird das, was dieser Theil der Lehrbücher enthält, theils unter derselben Bezeichnung aufgeführt, theils unter dem Worte „Einleitung" und endlich, wie es

wohl Böcking am passendsten bezeichnet hat, als „Voraussetzungen der Privatrechte".

Wie steht es nun mit dem „allgemeinen Theil" im Entwurfe? Sehen wir näher zu.

Das neue Gesetzbuch zerfällt in zwei Theile. Dieß muß natürlich einen innern oder einen äußern Grund haben. Wäre dieß ein äußerer Grund, daß man z. B. nur halbirt hätte, um das Gesetzbuch in zwei Bänden statt in einem zu haben u. dergl., so würde ein solcher Grund hier außer Betracht kommen. Aber der Entwurf hat auch nicht einen ersten und zweiten Theil, sondern einen „allgemeinen" und „speciellen" d. h., wie diese Prädicate andeuten, einen durch den verschiedenen Inhalt der beiden Theile hervorgerufenen. Also bei einem Gesetzbuche wird der eine Theil Gesetze anderer Art enthalten, als der andere. „Allgemeine Gesetze" im Gegensatz zu „speciellen"? Allgemeine hinsichtlich der Rechtssubjecte und Rechtsobjecte? Oder enthalten die im allgemeinen Theile zusammengestellten Gesetze das „regelmäßige Recht", und die im speciellen Theile das „anomale"? Zu rechtfertigen wäre es vielleicht nach diesen Gesichtspunkten zwei Theile zu machen.

Die Motive sagen: „So verschieden die Rechte, je nach ihrer Eintheilung in Sachen-, Forderungs-, Familien- und Erbrechte unter sich selbst sind, so giebt es doch mehrere Merkmale, welche ihnen, wenngleich mit gewissen Modificationen, gemeinsam sind". — „Rücksichtlich dieser allgemeinen Merk-

male kann ein Gesetzbuch einen doppelten Weg einschlagen.... Diesen Uebelständen (sc. der dort angeführten zwei Wege) entgeht man durch die Aufstellung eines allgemeinen Theils, in welchem alles Gemeinsame abgehandelt wird ..."

Von den beiden verworfenen Wegen wird gesagt „der eine führe zu vielen unnöthigen Wiederholungen, der andere habe eine mißliche Folge für die Lehre".

Wir geben beides zu, nur fragen wir, was geht dem Gesetzbuch die „Lehre" an? Denn das Gesetzbuch hat ja nichts zu „lehren", sondern nur zu „befehlen". Aber lassen wir dieß auf sich beruhen, und fragen, aus welchen Gründen die Motive einen „allgemeinen Theil" für nöthig halten. Sie sagen: Die Rechte haben gewisse gemeinsame „Merkmale". Diese gemeinsamen „Merkmale" soll der allgemeine Theil enthalten. Was soll das heißen: Die „Gesetze" im allgemeinen Theil des Gesetzbuchs enthalten die gemeinsamen „Merkmale" der Rechte? Aus einer späteren Deduction der Motive (S. 445), durch welche die Schwierigkeit des allgemeinen Theiles gezeigt werden soll, ergiebt sich, was eigentlich gemeint ist.

Es soll nämlich die Aufgabe des allgemeinen Theils sein, das allen Rechtsinstituten Gemeinsame durch Abstraction aufzufinden „und den aufgefundenen abstracten Sätzen eine Fassung zu geben, aus welcher sofort zu erkennen ist, daß es sich eben blos um die Aufstellung allgemeiner Sätze handle, von welchen in den speciellen Theilen Ausnahmen

vorkommen können". — Hat der Gesetzgeber zu „abstrahiren"? Man sollte meinen, da „abstrahiren" nicht eine Operation des „Willens" ist, Gesetze geben aber ein Act des Willens ist und nichts weiter, das „Abstrahiren" wäre nicht Sache des Gesetzgebers. Denn wie dann, wenn der Gesetzgeber bei dieser Operation des „Abstrahirens" unrichtig verfahren wäre, und dabei — was doch in den Gränzen der Möglichkeit liegt — etwas allen Rechtsinstituten nicht Gemeinsames durch seine Abstraction für etwas allen Gemeinsames gehalten hätte? Und die Motive gestehen selbst zu, daß es „feste Grundsätze, welche unter allen Umständen dabei als entscheidend zu betrachten wären, nicht giebt, vielmehr nur der vollständige Ueberblick des gesammten Privatrechts auch in jedem einzelnen Falle das Richtige erkennen lasse". Je vollständiger also dieser Ueberblick des gesammten Privatrechts wird, um so mehr wird sich dieser allgemeine Theil modificiren, da er eben nur das Resultat dieses Ueberblickes ist.

Aber, möchte man fragen, wo sollen denn derartige Sätze, wie sie der Entwurf in seinem allgemeinen Theile enthält, untergebracht werden?

Zuerst ist doch wohl zu fragen, ob wirklich das im allgemeinen Theil des Entwurfs Enthaltene Gesetze aus derartigen Abstractionen und mit gemeinsamen Merkmalen sind, wie die Motive voraussetzen, um sie in den allgemeinen Theil zu verweisen. Ich wüßte wenigstens nicht anzugeben, weß-

halb der Abschnitt des allgemeinen Theils, der die Gesetze über physische Personen enthält, nach dem Gesichtspunkt der Motive, allgemeinerer Art wäre, als der Abschnitt, der die Gesetze über Besitz, Eigenthum ꝛc. enthält. Zum Zwecke des Lehrens, in einem Lehrbuche könnte man so scheiden, obgleich auch eins der neuesten Lehrbücher[7] die „allgemeinen Theile" geradezu „meistens zufällig oder gewaltthätig losgerissene Bruchstücke" nennt, und ohne allgemeinen Theil auszukommen denkt.

Für den Gesetzgeber, der immer nur einen factischen Stoff, nur ein Concretes zu normiren hat, kann die Abstraction eine Vorstufe seiner Entschließung sein, aber niemals sein Wille selbst, das Gesetz, eine Abstraction. Man wird bei diesen allgemeinen Theilen unwillkührlich an die Titel unserer Pandecten de verborum significatione und de regulis iuris erinnert, die unter diesen bescheidenen Ueberschriften sogleich andeuten, daß sie im Gesetzbuche nichts sein wollen, als ein hors d'oeuvre.

Der allgemeine Theil eines Gesetzbuches erzeugt alle die Uebelstände, die das „System" für das practische Leben hervorbringt, deßhalb in erhöhtem Maaße, weil, wie auch die Motive selbst zugeben, feste Grundsätze über Inhalt und Anordnung desselben nicht möglich sind. Der einzige Schlüssel, um sich in diesem allgemeinen Theil zu finden, bleibt daher

---

7. Brinz, Lehrbuch der Pandecten. Abth. I. S. XI.

nur die Einsicht in die subjective Auffassung der Legislatoren.

§ 8.

b) Die Definitionen.

Die systematische Anordnung der Gesetzbücher führt mit Nothwendigkeit mit sich, daß das Gesetzbuch „definire“, denn das System beruht auf dem Begriffe, setzt das Begreifen seines Gegenstandes voraus. Die Definition ist nur die Form, unter welcher sich jene Einsicht in das Wesen einer Sache äußerlich darstellt. Da von diesem Begreifen des Einzelnen das System abhängig ist und dadurch begründet wird, so folgt für ein Gesetzbuch mit systematischer Anordnung, daß die Definition der Schlüssel für das Verständniß des Systems ist. Die Definitionen sind das einzige Medium, durch das bei einem Gesetzbuche eine systematische Anordnung möglich wird.

Da aber die Definition die Einsicht in ein Gegebenes, also bei einem Gesetzbuche die Einsicht in das durch das Gesetz gegebene, entstandene Recht voraussetzt, so folgt mit Nothwendigkeit, daß die Definition selbst etwas Anderes, als „Recht“ sein muß. Das Recht ist Wille des Staates, das Gesetz der Ausdruck dieses Willens; die Definition ist dagegen der Ausdruck einer Einsicht, eines Begreifens. Das Gesetz wird aufgehoben durch einen andern Willen, die Definition durch eine andere Einsicht. Die Definition ist somit im Gesetzbuche etwas Fremdes.

Also im G e s e tz buche sind die Definitionen entschieden nicht an ihrem Platze. Es ergiebt sich hieraus die weitere Folge, daß der G e s e tz g e b e r bei Aufstellung einer Definition im G e s e tz buche e n t w e d e r nichts will als „definiren“, also besserer und schärferer Einsicht nicht hindernd in den Weg treten will, o d e r festsetzen will was „wahr“ sein s o l l. Will er nur definiren und nichts weiter, so steigt er vom Standpunkte des Gesetzgebers herab unter die Männer der Wissenschaft, und muß sich demzufolge gefallen lassen, von der Wissenschaft corrigirt oder ignorirt zu werden. Will er dagegen das Zweite, so ist der eigentliche Gedanke des Gesetzgebers bei seiner Definition nicht: daß sie ein Gegebenes wirklich „definire“, sondern der: daß er ein Etwas schaffen will, was ohne Rücksicht darauf, ob es wahr sei oder nicht, doch als w a h r gelten soll. Dann ist aber eine solche „scheinbare“ Definition nicht das Resultat des Begreifens, sondern Resultat des Wollens, also wirkliches Gesetz.

Aber an welchen Merkmalen erkennt man, in welchem Sinne die im Gesetzbuche aufgestellte Definition in dem einen oder in dem andern Sinne gelten soll? Denn es ist für die practische Anwendung des Gesetzbuches von größter Wichtigkeit zu wissen, ob eine Definition des Gesetzbuches in dem einen Sinne oder in dem andern aufgestellt ist, ob sie G e s e tz sein soll oder n u r D e f i n i t i o n. Ob das Gesetzbuch sagt: „Dieß oder Jenes i s t das“ oder: Dieß oder Jenes s o l l dieß sein“, würde den Unterschied beider Arten der im

Gesetzbuch enthaltenen Definitionen vielleicht ziemlich sicher andeuten. Im ersten Falle würde man bei der practischen Anwendung des Gesetzbuches einfach sagen können: „Nein, dieß ist das nicht; der Gesetzgeber wollte aber nur „definiren", also will selbst die richtige Definition, wenn sie auch mit der seinigen nicht übereinstimmt". Im zweiten Falle wird die Praxis diese Prüfung gar nicht anstellen dürfen, denn der Gesetzgeber will, daß Etwas im Rechtssinne „Das" und nicht „Jenes" sein soll.

Im ersten Falle will er nichts weiter als ein Object bezeichnen, das begrifflich auch ohne Gesetz und vor diesem schon vorhanden war, er schafft also dieses Object nicht erst in bestimmter rechtlicher Bedeutung, sondern knüpft nur an den natürlichen Bestand desselben gewisse rechtliche Folgen. So schafft das Gesetz nicht den Begriff der „natürlichen Früchte", sondern sagt nur aus, welche Rechtsverhältnisse sich an dieses Object der Natur knüpfen sollen. Was aber „natürliche Früchte" sind, hat hierbei nicht der Gesetzgeber entschieden und entscheiden wollen, sondern es entscheidet dieß die Naturwissenschaft.

Im zweiten Falle bestimmt das Gesetz — wenn auch unter der Form der „Definition" —, daß Etwas, ohne Rücksicht auf seine natürlichen oder begrifflichen Merkmale, dennoch rechtlich ganz so wie ein Gegenstand behandelt werden soll, der jene Merkmale hat.

Dieser Unterschied und seine practische Bedeutung wird

sich am besten durch einige Beispiele aus dem Entwurfe erläutern lassen.

Der Entwurf sagt § 61: „Unbewegliche Sachen sind Grundstücke. Denselben werden die Schiffmühlen gleichgestellt".

Rücksichtlich des ersten Satzes „Unbewegliche Sachen sind Grundstücke" würde man nach der Form des Ausdrucks geneigt sein, anzunehmen, daß der Gesetzgeber nur habe „definiren" wollen. Allein der Satz findet sich im Gesetzbuche, und wir werden deßhalb zunächst präsumiren müssen, daß er eine s. g. Legaldefinition enthalte, welche festsetzt, daß „Grundstücke" unbewegliche Sachen sein sollen, ohne Rücksicht darauf, ob dem gewöhnlichen Begriffe von „unbeweglich" gemäß auch andere Sachen als „Grundstücke" bisher zu den unbeweglichen Sachen gerechnet wurden oder nicht. Noch obendrein ist der Entwurf eine „Codification", und will also nur aus sich erklärt werden, folglich sind auch Grundstücke nicht mehr nothwendig die alten „res soli"; und es früge sich vielleicht, ob ein einzeln stehender Fels ein „Grundstück" im Sinne des Entwurfes sei, also ob „Grundstück" = „Grund und Boden" (§ 229) sei, oder ob es etwas Anderes bedeute, wie z. B. ländliche liegende Gründe, wie Aecker u. dergl. Ist dann dieser erste Satz nur Definition, so wird es der Wissenschaft gestattet sein, ihn anders zu formuliren, als das Gesetzbuch.

Ganz anders entschieden steht es bei dem zweiten Satze,

hier hat der Gesetzgeber normirt und damit ist seine Satzung jeder Correctur entzogen. Er hat nicht gesagt, „Schiffmühlen „sind" unbewegliche Sachen", sondern werden diesen gleichgestellt".

Wie wichtig aber diese Unterscheidung auch practisch werden kann, läßt sich aus § 75 des Entwurfs darthun. Dort heißt es: „Natürliche Früchte sind die Erzeugnisse aus einer Sache". Es wird nicht zu bestreiten sein, daß Glas „ein Erzeugniß" aus Kieselerde und Kali, oder daß Essig ein Erzeugniß aus Alkohol und Sauerstoff ist, aber nach der bisherigen Auffassung des Begriffs würde Glas und Essig nicht zu den „natürlichen Früchten" von Kieselerde und Kali oder Alkohol und Sauerstoff gehört haben.

Ist nun der Entwurf eine „Codification", so wird man folgendermaaßen schließen müssen: der neue Codex giebt an, was er unter „natürlichen Früchten" verstanden wissen will. Obgleich man früher nur das darunter verstand, was das gewöhnliche Leben mit diesem Ausdrucke bezeichnen wollte, wo man gewöhnt war, das „Organische" und „periodisch Wiederkehrende" bei Erzeugnissen, die „natürliche Früchte" sein sollten, zu betonen, so ist doch jetzt im Gesetzbuche festgestellt, was unter „natürlichen Früchten" verstanden sein soll. Folglich wird man consequent von jetzt an Alles als „natürliche Früchte" rechtlich behandeln müssen, was „Erzeugniß aus einer Sache ist"; denn nach § 24 sind Gesetze „nach ihrem Wortsinne" auszulegen, wenn die „Worte"

über die Absicht des Gesetzgebers keinen Zweifel lassen, und einen „Zweifel" lassen die Worte des Gesetzgebers in § 75 durchaus nicht. Man könnte an der Zweckmäßigkeit zweifeln, den Begriff der natürlichen Früchte so zu bestimmen, wie § 75 thut, aber sicher nicht aus dieser subjectiven Ueberzeugung über die Unzweckmäßigkeit sich über die Bestimmung des Gesetzes hinwegsetzen.

Wäre blos „incorporirt" und nicht codificirt, so würde zwar auch hier die Definition nicht am Platze sein, aber sie wäre deßhalb wenigstens unschädlich, weil die Incorporation nicht ändern, sondern nur das Vorhandene aufnehmen will. Hätte die Incorporation also den bisherigen Begriff der „natürlichen Früchte" nicht glücklich modernisirt, so wären es dennoch ihrer Bestimmung gemäß immer noch die alten „natürlichen Früchte" geblieben.

Wir gingen oben von dem allgemeinen Satze aus, daß überhaupt für bloßes „definiren" im Gesetzbuche kein Platz sei. Es wird sich zeigen lassen, wie bedenklich dieß auch dann sei, wenn das rein definirende Element eines Gesetzes sich selbst in die Form des Gesetzes versteckt. Auch hier wird, wenn der Gesetzgeber selbst nur den wahren Bestand bezeichnen wollte und diesen nicht bezeichnete, die Wissenschaft nur bei der „Incorporation" thun können, was ihres Amts ist, d. h. das Richtige an die Stelle des Unrichtigen setzen. Bei der „Codification" hat sie diese Befugniß nicht, und kann sie nicht haben, weil der Gesetzgeber bei ihr nie

Altes aufnehmen, sondern stets Neues schaffen will und muß, wenn dieses auch dem Alten so ähnlich wäre, daß man es für gleich halten könnte.

Um diese Behauptung hinsichtlich der in der Form des Gesetzes versteckten Definition zu rechtfertigen wählen wir § 54 des Entwurfs. Unter andern Sätzen findet sich dort folgender: „Das Recht der Persönlichkeit steht . . . Vermögensmassen zu, welche jetzt schon vom Staate als juristische Personen anerkannt sind oder künftig anerkannt werden". Diese Fassung hat unstreitig ganz die äußere Form eines Gesetzes. Nun heißt es aber weiter: „Die bei Begründung einer juristischen Person getroffenen Bestimmungen sind für den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit maaßgebend. Dieselbe begreift stets die Fähigkeit in sich Vermögensrechte zu haben".

Welcher Satz kommt aus diesem Gesetze practisch für derartige Vermögensmassen heraus? Offenbar folgender: Eine bestimmte „Vermögensmasse" (— also eine Sache oder ein Sachencomplex —), die der Staat als juristische Person anerkannt hat, hat die Fähigkeit Vermögensrechte zu haben. Entweder hat hiernach diese Vermögensmasse sich selbst im Vermögen, hat an sich selbst Vermögensrechte, d. h. ist Subject und Object von Rechten zugleich; oder die ursprüngliche Vermögensmasse, welcher eben juristische Persönlichkeit vom Staate gegeben wurde, ist Subject, und anderes Vermögen, vielleicht das später erworbene, ist Object jener Vermögensrechte des Subjects.

Unzweifelhaft ist weder das Eine, noch das Andere, im Entwurfe gemeint. Woher also diese bedenkliche Fassung jenes Paragraphen? Doch wohl daher, daß das Gesetz hier nicht einfach einen Thatbestand normirte, sondern sich auf das Wesen der juristischen Person, auf deren Begriff, wenn auch unter normativer Form, eingelassen hat.

Man denke sich nun im Gegensatze zu einem „Gesetzbuche mit systematischer Anordnung", das eben aus diesem Grunde Definitionen haben muß, ein Gesetzbuch ohne Definitionen im eigentlichen Sinne, oder ein einzelnes Gesetz ohne vorhergehende Definition seines Objects. Wird auch ohne Definition dem Gesetzbuche oder dem Gesetze gemäß gelebt werden können? Oder würde es der Auslegung und Anwendung der Gesetze hinderlich sein, wenn der Gesetzgeber sich des wissenschaftlichen Begriffs des normirten Gegenstandes nicht klar und vollständig bewußt gewesen wäre? Man wird nicht das mindeste Bedenken tragen, das Fehlen aller Definitionen — natürlich immer so weit sie nicht wirkliche Gesetze sind — für völlig gleichgültig zu erklären.

Das Aeußerste, was man zugeben könnte, wäre daher doch nur der Satz, daß zwar Definitionen einem Gesetzbuche etwas Fremdartiges, aber wo nicht zweckmäßig, doch mindestens unschädlich wären. Nur bei der „Incorporation", nicht bei der „Codification" ist dieser letzte Satz zuzugeben, wie die eben angeführten Beispiele wohl genügend gezeigt haben. Wenn daher Definitionen in einem Codex nicht ein-

mal unschädlich sind, werden sie um so mehr unzweckmäßig sein.

Denn sicher will auch der Entwurf nicht Etwas zur „Bedingung“ zum „Modus“ machen, was es in Wahrheit nicht ist, sondern will nur an ein Etwas, was er in bestimmter Weise vorfindet, rechtliche Folgen knüpfen. Zu was also den Gesetzgeber der Gefahr aussetzen dieses Etwas unrichtig auszudrücken, obgleich er richtige Folgen daran geknüpft hat? Es ist vor Allem nöthig, daß sich der Gesetzgeber auf sein eigentliches Gebiet beschränke, und, damit er dieß könne, dieses Gebiet vollständig genau von dem Gebiete der Wissenschaft abgränze, nicht das unternehme, was nur der Theorie gelingen kann.

§ 9.

III. Die Resultate.

Faßt man das Bisherige zusammen, so scheint es fast, als käme man zu dem trostlosen Resultate, daß ein Gesetzbuch, das den gesammten Stoff des Privatrechts in sich aufnehmen wollte, überhaupt nicht zu Stande kommen könne. Denn die Incorporation würde nicht genügen und die Codification völlig mit der Vergangenheit brechen und so an einem Ziele ankommen, das sie selbst am wenigsten erreichen wollte. Wäre das wirklich das Resultat, zu dem wir gekommen wären? Sollte nicht vielmehr es das sein: In einigen Fällen genügt die Incorporation nicht, in andern schadet die Codification? Welche sind dieß?

Da das Zusammenfassen des gesammten Privatrechts eines Landes nur den zweifachen Zweck haben kann: eines Theils das vorhandene und noch lebendige Recht zusammenzufassen, nicht aber zu beseitigen; anderes Theils aber die Verhältnisse, die einer neuen Normirung bedürfen, gesetzgeberisch mit dieser zu versehen, so wird, um beide Zwecke

zu erreichen, auch schwerlich mit einem Mittel zu helfen sein.

Zugegeben nun dieß wäre richtig, was würde dann aus diesem Thatbestande folgen? Doch sicher nichts weiter, als daß es ebenso einseitig wäre, blos zu incorporiren, als blos zu codificiren. Denn will man das gesammte Privatrecht eines Staates in einem Gesetzbuche haben, so ist nicht abzusehen, warum man den Theil dieses Rechts, der am zweckmäßigsten incorporirt wird, nicht incorporiren, und den, der des Codificirens bedarf, nicht codificiren soll.

Es sind zwei Einwendungen, die leicht einer solchen Mischung entgegengesetzt werden könnten. Die eine betrifft blos das Aeußere eines solchen Gesetzbuchs und die andere die Hauptfrage, wie eine solche Verbindung beider Formen herzustellen wäre. Beide Fragen hängen aber so mit einander zusammen, daß durch die Antwort auf die letzte zugleich auch die auf die erste gegeben ist.

Wie zu codificiren ist, ergeben theils die neuesten Codificationen durch den Augenschein, theils fällt diese Frage mit der andern zusammen (die aber außerhalb der Aufgabe der gegenwärtigen Untersuchung liegt), wie überhaupt Gesetze zu machen sind, theils endlich ergiebt sich aus der bisherigen Darstellung wenigstens was die Codification zu unterlassen hat, wenn sie nicht eine andere, als die von ihr beabsichtigte Wirkung haben soll. Positiv diese Resultate kurz zusammengefaßt sind es folgende: Will die Codification

Gesetzgebung sein, so hat sie nur Gesetze zu geben, nichts weiter; jede weitere Thätigkeit führt auf Abwege.

Aber freilich auch nach Form und Inhalt müssen jene Satzungen wirkliche Gesetze sein. Ein Gesetz, dessen Inhalt sich nicht als ein „hoc volo, hoc iubeo" wenigstens denken läßt, hat stets nur den Schein eines solchen.

Den Römern, die sich auf die formale Seite der Gesetzgebung verstanden, wie kein Volk vor ihnen, und wenige nach ihnen, war selbst das Gesetz ein unvollkommenes (lex imperfecta), in welchem der Gesetzgeber nur befahl, aber nicht festsetzte was es für Folgen habe, wenn diesem Befehle nicht gehorcht würde. Im Sinne der Römer wäre daher die Vorschrift des Entwurfs in § 244 a. E. eine lex imperfecta gewesen, denn dort ist nur bestimmt: „Der Finder (sc. eines Schatzes) ist verpflichtet, dem Eigenthümer binnen drei Tagen Anzeige von der Besitzergreifung zu machen". Und wenn nun der Finder erst nach drei Tagen Anzeige macht, was dann? —

Mit Einem Worte also: im Gesetzbuche nichts als Gesetze und zwar nur vollkommene (leges perfectae). Das Gesetzbuch hat diese dann zu ordnen, aber nicht nach den Gesichtspunkten der Theorie und Wissenschaft, sondern nach den Bedürfnissen des practischen Lebens, unbesorgt um Wiederholungen am geeigneten Platze. Denn was vom Standpunkte der Wissenschaft aus vielleicht nur Eins ist, ist möglicher Weise von dem des Lebens aus unter zwei

Gesichtspunkten aufzufassen. Denn es ist nicht die Aufgabe des Gesetzbuchs systematisch geordnet zu sein, um von den Männern der Wissenschaft allein verstanden zu werden, sondern seine Befehle von da aus zu richten, von wo aus sie gesucht und am deutlichsten und am weitesten gehört werden. Und diese letzten Sätze gelten in gleicher Maaße für die Incorporation, wie für die Codification.

Aber wie ist zu „incorporiren“? Sind wir uns des Zweckes klar bewußt, aus dem wir incorporiren wollen und nichts weiter wollen, als dieses, so wird auch das Mittel nicht allzuschwer zu finden sein, um diesen Zweck zu erreichen.

Die Incorporation will objectiv sicher das alte Recht in einem bestimmten Umfange erhalten und aufnehmen. Während also die Codification aus einer vorliegenden Quelle nur referirt, wie ihr der Inhalt des alten Rechts im Augenblicke erscheint, und diese subjective Auffassung als objectiv richtige hinstellt, will die Incorporation die Quelle selbst erhalten, um auf diese Weise sicher zu sein, daß der Inhalt der incorporirten Rechtssätze völlig und objectiv dem gleich sei, den dieselben vor ihr hatten, mit dem, den sie nach ihr haben sollen. Es ist, um dieß an einem Beispiel zu erläutern, das Verhältniß der Codification zur Incorporation bei dem gleichen Willen beider, kein neues Recht einführen zu wollen, ganz ähnlich wie bei jedem Urtheil. Ob bei einer Appellation statt der Acten selbst nur das Re-

ferat des Referenten an die höhere Instanz geschickt wird, oder die Acten selbst dem höheren Richter vorgelegt werden, wird für die richtige Entscheidung ein gewaltiger Unterschied sein. Daß die höhere Instanz bei dem bloßen Referate, trotz des größten Zutrauens in die Fähigkeit des Referenten gut zu referiren, doch nie sicher sein kann, den objectiv richtigen Thatbestand vor sich zu haben, wird Niemand leugnen. Haben wir aber bei einem codificirten Rechtssatze etwas Anderes vor uns, als das Referat des Codificirenden über den Bestand des Rechtssatzes selbst? Ist es hierbei so unzweifelhaft, daß der wirkliche Rechtsinhalt völlig gleich sei dem referirten? Wie uns dort nur die Quelle des Referats, die Acten, vollkommen sicher stellen, daß uns derselbe Thatbestand vorliegt, wie dem ersten Richter, gerade so ist es nur dann mit Sicherheit zu erkennen, daß wir ganz denselben Rechtssatz aufnahmen, wenn wir die Quelle selbst aufnahmen, d. h. eben „incorporirten".

Im Principe wäre es daher das Einfachste die Quelle eines Rechtssatzes in ihrer durchaus unveränderten Gestalt im Corpus aufzunehmen. Aber so leicht ist, namentlich in den Ländern des gemeinen Rechts, uns die Incorporation nicht gemacht.

Ueberhaupt nicht, weil jede Quelle des Rechts, als ein Erzeugniß ihrer Zeit, Vorübergegangenes und Unzeitgemäßes in und an sich haben wird. Die schwierige und würdige Aufgabe des Gesetzgebers wird es dann sein, dieß rein mo-

mentane und zeitliche Element des zu incorporirenden Gesetzes zu erkennen und auszuscheiden, ohne Wesentliches und Bleibendes zu verändern oder zu verwischen.

Aber fällt dann in solchem Falle nicht die Incorporation mit der Codification völlig zusammen?

Mit nichten. Denn immer bleibt der wesentliche Unterschied übrig, daß die Codification principiell nur das als Recht gelten lassen will, was dem Referenten als Recht und wie es ihm als Recht erschien; die Incorporation dagegen überhaupt nur das will, was die Quelle schon vorher wollte. Bei der Codification giebt es keine Brücke mehr, die das bisherige Recht mit dem heutigen verbindet, die Incorporation will dagegen aus dem bisherigen Rechte ihren eigentlichen Gehalt schöpfen, aber nicht als specificirten, sondern als ursprünglichen.

Es hat also im endlichen Resultate für die seltenen Fälle, in denen die Incorporation unpassend incorporirt, keine wesentliche Gefahr für die Erhaltung des bisherigen Rechts, wenn sie nur äußerlich zu erkennen gab, daß sie nicht codificiren, sondern incorporiren wollte; daß das Aufgenommene keine neue, sondern nur die alte Quelle sein sollte, so modernisirt sie auch dem ersten Blick erscheinen möge. Und wodurch wäre dieß leichter zu erreichen, als daß man bei incorporirten Sätzen einfach die Quelle angäbe, aus der sie entnommen? Wäre der Anblick so unerträglich gewesen, wenn im Entwurfe bei den §§ 2575 ff. unter § 2575 viel-

leicht in Parenthese gestanden hätte: „Kur-Sächsische Decision Nr. 13 v. J. 1716"? Wäre nun auf diese Weise § 2575 des Entwurfs „incorporirt" statt „codificirt" zu sein, so würde materiell das Recht der Decisionen in objectiver Gleichheit mit dem Rechte des Entwurfs gelten, aber formell nicht deßhalb, weil es in den Decisionen stünde, sondern weil es im Gesetzbuche aufgenommen wäre. Aber dieser aufgenommene Satz würde nicht die Ansicht und das subjective Meinen des Codificirenden über das Recht der Decisionen enthalten, sondern objectiv wirklich dasselbe Recht, materiell ganz genau und identisch das bisher geltende Recht.

Aber der Hauptbestandtheil unseres Privatrechts liegt in einer Quelle mit fremder Sprache. Sollte dieß wirklich ein Einwand gegen die Möglichkeit der „Incorporation" römischer Rechtssätze sein? Sollte im römischen Rechte sich ein so absonderlich construirter Satz finden, der nicht präcis deutsch wiederzugeben wäre?

Wenn wir auf diese Weise auch die noch gelten sollenden Sätze des römischen Rechts „incorporirten", so wäre natürlich von einer „subsidiären" Geltung des römischen Rechts im Ganzen nicht mehr die Rede. Aber der aufgenommene Theil gölte, wie er bisher gegolten, und es bliebe der Theil unseres Rechts, der nur noch historisch den Namen „römisches" Recht führt, echt in seiner Quelle und erhoben über momentanes Einsehen und Verstehen uns erhalten. Der Weg, den Wissenschaft und Praxis zu dessen Entwickelung eingeschlagen,

bricht dann nicht ab und biegt nicht aus, sondern geht in seiner geraden Verlängerung ununterbrochen weiter.

Es würde dann ein das ganze Privatrecht umfassendes Gesetzbuch wirklich und in Wahrheit die rechte und einzige Quelle werden. Denn wie und wo man auch in den Ländern des gemeinen Rechts codificirt hat, ist entweder das römische Recht auf Umwegen zu einer Geltung gekommen, die der Gesetzgeber aufheben wollte, oder die Rechtswissenschaft ist in dürren Wortkram verkümmert. Warum daher nicht lieber ehrlich sagen, dieß und das ist römisches Recht, und soll in seinem objectiven Bestande auch unser Recht bleiben, statt die subjective Meinung über dasselbe an dessen Stelle zu setzen und zu sehen, daß dessen objectiver Gehalt jenes subjective Meinen unmerklich aber sicher beseitigt.

Auch bei dem Entwurfe hat man trotz des Willens zu „codificiren" doch im Stillen die Hoffnung nicht aufgegeben, daß Wissenschaft und Praxis ihn nicht als Codification behandeln werden, sondern als „Incorporation". Denn was sollte sonst der Satz in den Motiven (S. 477) bedeuten, den die Zwischendeputation aussprach: „Das römische Recht werde, da es dem Gesetzbuche zu einer der hauptsächlichsten Grundlagen gedient habe, auch künftig, wenigstens mittelbar, einen entschiedenen Einfluß äußern"? Wie käme bei einer Codification, die ihrem Wesen nach völlig mit der Vergangenheit brechen muß, eine bloße Antiquität wie das römische Recht nach der Codification, zu dieser wunderlichen

Ehre „einen entschiedenen Einfluß zu äußern“ auf das codificirte Gesetzbuch? Mit demselben Rechte hätte Justinian, als er den Unterschied von quiritarischem und bonitarischem Eigenthum und das nudum ius Quiritium aufhob, sagen können, diese zur Antiquität gemachten Sätze würden auf sein neues Recht einen entschiedenen Einfluß äußern. Nicht um ein Jota anders steht die Codification dem ganzen bisherigen Rechte gegenüber.

Will man also den bisherigen Rechtsbestand in bestimmten Fällen objectiv identisch erhalten, so „incorporire“ man die Quellen desselben. Will man aufheben und an des Aufgehobenen Stelle Neues einführen, so mag man „codificiren“. Denn die Frage ist: Muß denn alles Recht „codificirt“ werden, da man auch „incorporiren“ kann? Bevor nicht diese Frage bejahend entschieden ist, wird man nicht entweder codificiren oder incorporiren, sondern codificiren und incorporiren müssen, je nachdem man neu schaffen oder Erprobtes nur behalten will.

Etwas nie Dagewesenes wäre aber ein Gesetzbuch nicht, das zum Theil incorporirtes, zum Theil codificirtes Recht enthielte. Denn während die Römer zuerst nur incorporirten, haben wir in unserm Corpus iuris civilis beide Formen vereinigt: die Institutionen sind codificirt, die übrigen Theile incorporirt. Wir haben von den Römern so manche gute Lehre im Rechte angenommen, vielleicht ließe sich auch in der Form der Codification etwas von ihnen lernen, und

durch die bei ihren Gesetzbüchern gemachten Erfahrungen belehrt auch etwas Besseres herstellen.

Ist es aber endlich der allgemeine Wunsch ein gemeinsames bürgerliches Gesetzbuch für ganz Deutschland zu schaffen, so scheint mir nach Roth's ausgezeichneter Abhandlung „über Codification des Privatrechts" der einzig mögliche Weg, uns willig zu einigen, nur der der Incorporation des römischen Rechts in seinen geltenden Theilen zu sein. Denn Roth hat nachgewiesen, daß trotz aller Allegationsverbote des römischen Rechts dieß dennoch das einzig allgemein materiell geltende geblieben ist. Aber freilich das römische Recht, wie es in Wahrheit ist, nicht wie es den codificirenden Gesetzgebern sich darstellte d. h. wie es incorporirt, nicht wie es codificirt sein würde.
